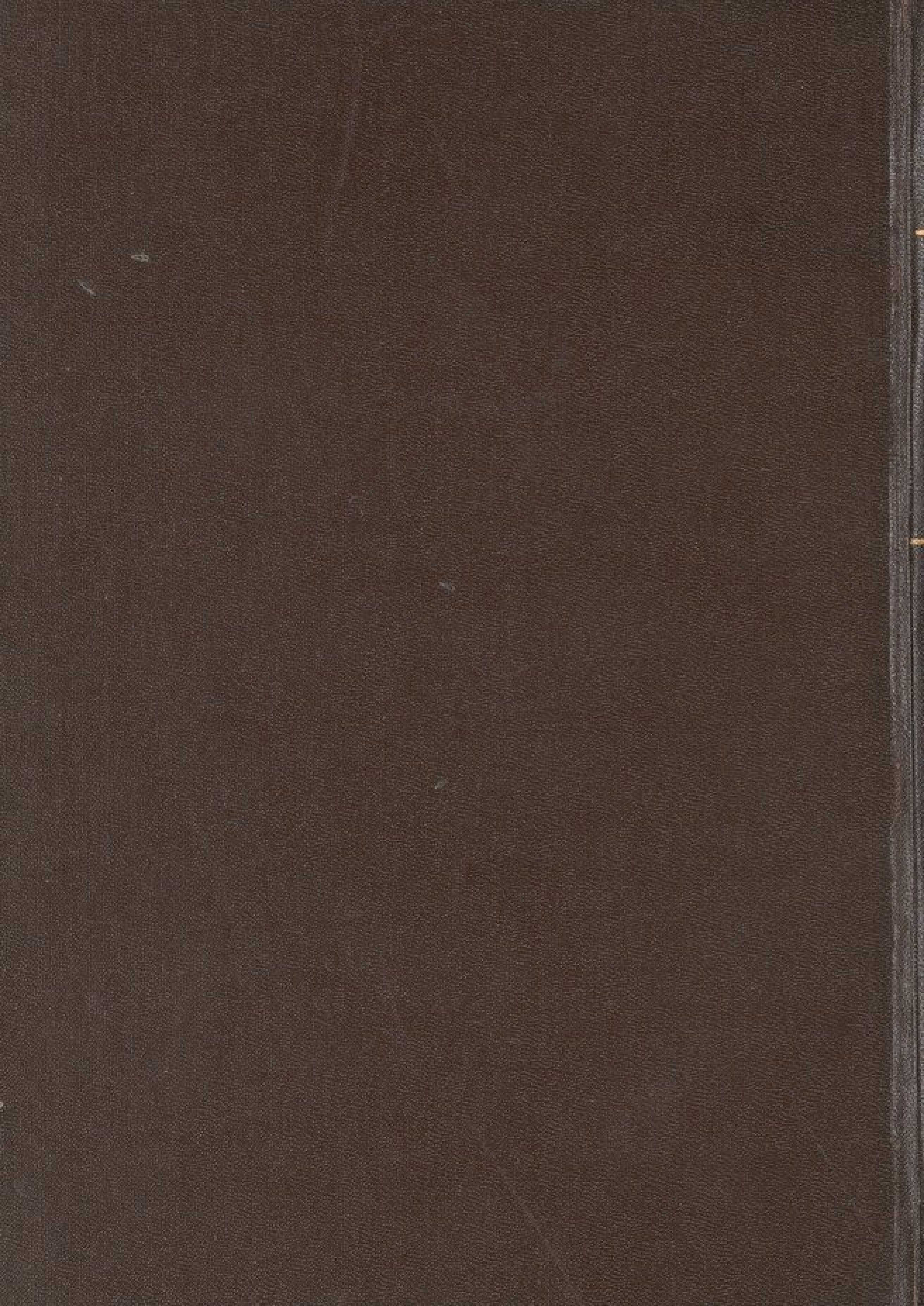
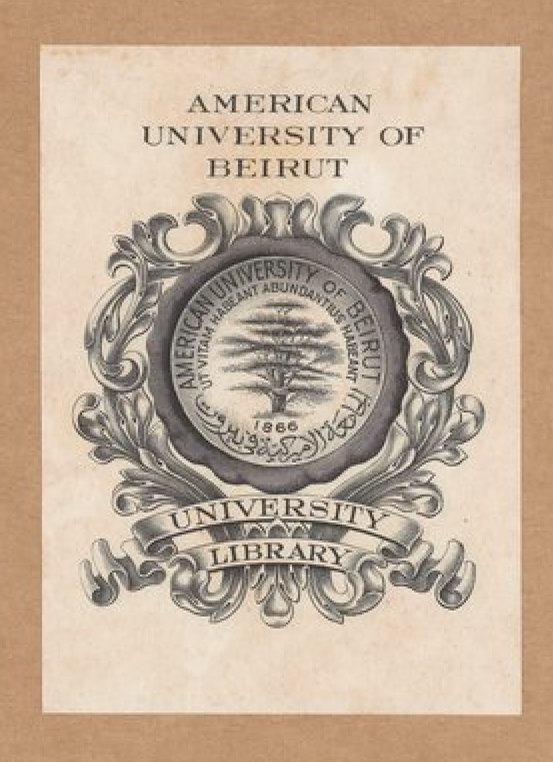



AMERICAN
UNIVERSITY OF
BEIRUT
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
UNIVERSITY
LIBRARY

مصادر الحق
في
الفقه الاسلامي

[illegible]

[illegible]

[illegible]

جامعة الدول العربية
معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحق في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٦)

اثر العقد بالنسبة الى الموضوع - زوال العقد

ألقاها

عبد الرزاق السنهوري

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٩

١٩٥٩

الفصل الثانى

آثار العقد بالنسبة الى الموضوع

ما يلزم العاقدين بالعقد والمسئولية العقدية :

آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع تتلخص فى أمرين :

أولا : أن العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه .

ثانياً : أن العاقد إذا لم يقم بالتزاماته الناشئة من العقد ، ترتبت مسئوليته وهذا ما يسمى بالمسئولية العقدية .

الفرع الأول

العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه

المبحث الأول

مايلزم العاقدين بالعقد

فى الفقه الغربى

تحديد موضوع التعاقد :

لا يلتزم العاقد إلا بما ورد فى العقد . وقد يرى القاضى العقد فى حاجة إلى التفسير ، فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ليبين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على العاقد أن يقوم بالتزاماته كما تحددت فى العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) تفسير العقد وتحديد نطاقه (٢) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه

التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه :

أول ما يعرض للقاضى فى شأن العقد هو تفسيره إذا كان فى حاجة إلى تفسير ، وتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين . فإذا فرغ

القاضى من التفسير، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر فى هذا التحديد على النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

ونستعرض أولا كيف يفسر القاضى العقد ، ثم نستعرض كيف يحدد نطاقه .

---

§ ١ — تفسير العقد

حالات التفسير الثلاث :

العقد ، من حيث التفسير ، له حالات ثلاث:

(ا) فإما أن تكون عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من التقنين المدنى المصرى فى هذا الصدد على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » .

(ب) وإما أن تكون عبارة العقد غير واضحة ، فتكون فى حاجة إلى التفسير ، ويجب فى تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من التقنين المدنى المصرى فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » .

(ج) وقد يقوم ، بعد محاولة القاضى البحث عن النية المشتركة المتعاقدين لتفسير عبارة العقد غير الواضحة ، شك فى تبين هذه الإرادة ، وعند ذلك يفسر الشك لمصلحة المدين فى غير عقود الإذعان . وفى هذا تقول المادة ١٥١

من التقنين المدنى المصرى : « ١. يفسر الشك فى مصلحة المدين . ٢. ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » .

ونبحث على التعاقب كلا من هذه الحالات الثلاث .

(١) عبارة العقد واضحة

العبارة واضحة والارادة واضحة :

إذا كانت عبارة العقد واضحة ، افترض القاضى أن هذه العبارة الواضحة تترجم بأمانة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فتكون هذه الإرادة هى أيضاً واضحة . وفى هذه الحالة لايجوز للقاضى ، بحجة أنه يفسر العقد ، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفا لها ومسخاً وتشويهاً ، مما يوجب نقض الحكم .

العبارة واضحة والارادة غير واضحة :

على أن القاضى قد يجد نفسه فى حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة للعقد ، مهما بلغ وضوحها ، وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام . ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة ، فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم فى هذا المعنى . فى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ، بل يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان .

ولكن لايجوز للقاضى أن يفعل ذلك إلا بشرطين : (الشرط الأول) هو أن يفرض بادىء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى مايبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى يأخذ

بادىء الأمر بالارادة الظاهرة ، وهذه الارادة هى المعنى الواضح للعبارة الواضحة . ولكنه لايأخذ بالارادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الارادة هى ذات الارادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغايراً ما بين الارادتين ، وجب أن يأخذ بالارادة الباطنة دون الارادة الظاهرة . (والشرط الثانى) هو أن القاضى إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعانى لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب ، ولمحكمة النقض الرقابة على محكمة الموضوع فى ذلك ، من طريق الرقابة على تسبيب الحكم . فلمحكمة الموضوع أن تعدل عن المدلول الظاهر لعبارة العقدالواضحة ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها فى ذلك ، كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن ينبنى عليها .

(ب) عبارة العقد غير واضحة

البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من التقنين المدنى المصرى تقول : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » .

أما أنه لايجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة على النحو الذى رأيناه ، فأولى ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة لا تنصرف إلى معنى واحد ، بل تحتمل معانى مختلفة . وأما أن العبرة إنما تكون بالارادة المشتركة للمتعاقدين

لا بالارادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضا ، لأن الارادة المشتركة هى التى التق عندها المتعاقدان فهى التى يؤخذ بها دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق معه المتعاقد الآخر فيها .

ولكن أين نجد هذه الارادة المشتركة أو النية المشتركة ؟ من الفقهاء من يذهب إلى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل فى الايجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر ، مفهوما على النحو الذى أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به . فالايجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصيله هو الذى نقف عنده ، لأنه هو القدر المتيقن الذى تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأى أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى ، يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذى يقع فى العمل غير ذلك ، فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً . ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه . ويذهب سالى الفقيه الفرنسى المعروف إلى أن الارادة المشتركة هى الارادة القانونية التى يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع مابين الارادتين ، دون أن يضحى إحداهما لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأى يستبدل بالارادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هى إرادة من صنع القاضى هو الذى يقوم بنسج خيوطها ، ثم يفرضها عليهما فرضا .

والأولى ألا ننحاز لرأى من هذين الرأيين ، وأن نستبقى المسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لايعدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الارادة

الحقيقية للمتعاقدين — وهى النية المشتركة التى نبحث عنها — من هذه الارادة الظاهرة ، عن طريق معايير نستهدى ، بها هى التى نتولى الآن الكلام فيها .

العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين :

يمكن التمييز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسميها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجة عنه ونسميها بالعوامل الخارجية .

فمن العوامل الداخلية طبيعة المعاملة ، إذ العقد يفسر بحسب طبيعته ، وإذا احتملت العبارة معانى مختلفة اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشىء أو مثله ، لم يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشىء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً . وإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه ينزل عن جميع حقوقه فى التركة حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولا منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقا موروثة من تركة أخرى . ومن العوامل الداخلية أيضا ماينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، والأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له . فمن وجه إليه إيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل ، فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو لبس واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه ، فالأمانة فى التعامل تقضى عليه ألا يستغل ماوقع من إبهام فى التعبير . ويقابل هذا الواجب حق ، فلمن وجه إليه الايجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وقد جاء فى التقنين المدنى الفرنسى ذكر بعض العوامل الداخلية التى يستأنس بها القاضى فى تفسير العقد ، لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد

فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى)، إذ إعمال الكلام خير من إهماله. فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له فى مقابل دين، واشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير الفوائد، وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين، وفسر هذا العقد بأنه غاروقة إذ هو يجمع خصائصها، فإنه لاينتج أثراً قانونياً إذ الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية. فيفسر على أنه رهن حيازة، ولا يسمح للدائن أن يستولى من الريع على مايزيد على الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه فى الفوائد. ومن هذه العوامل أيضا أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (م ١١٦١ مدنى فرنسى)، فقد تكون هناك عبارة مطلقة، فتحددها عبارة سابقة او لاحقة. وقد تقرر العبارة أصلا، يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها. وقد تكون العبارة مبهمة، وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر. فإذا باع شخص مفروشات منزله، وعين هذه المفروشات فى مكان آخر من العقد، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى، إذ الخاص يقيد العام. وإذا قام التناقض بين عبارتين، اجتهد القاضى فى التوفيق بينهما، فإن لم يستطع اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى. ومن هذه العوامل الداخلية أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لايجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى)، فإذا باع شخص أرضاً زراعية وكان من توابعها مواش خصصت بالذكر فى عقد البيع، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشىء المبيع، بل كل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومبان ومخازن وغير ذلك تدخل أيضا، أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم فى شأنها شك أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة عليها فأفرداها بالذكر.

ومن العوامل الخارجية التى يفسر بها العقد العرف الجارى فى المعاملات والطريقة التى ينفذ بها العقد. فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل، فالعرف مثلا يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢,٥٪ من قيمة الصفقة،

والعرف معتبر بوجه خاص فى المسائل التجارية وعقود التأمين والحساب الجارى ونحو ذلك . وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التى ينفذ بها العقد ، فإذا اعتاد المستأجر مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة فى محل المؤجر ، فسر القاضى العقد بأنه يقضى بأن تكون الأجرة واجبة الدفع فى موطن الدائن لا فى موطن المدين ، خلافا لما تقضى به القواعد العامة .

(ج) قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين

يفسر الشك فى مصلحة المدين — مبررات هذه القاعدة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ مدنى على أنه «يفسر الشك فى مصلحة المدين» ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

أولا : الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لايجوز التوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادته وإرادة الدائن إلا فى حدود هذا المدى الضيق .

ثانيا : الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك فى تحديد مدى الالتزام ، وأراد الدائن أن يأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك . فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق ، لأنه هو وحده الذى قام عليه الدليل .

ثالثاً : الالتزام يمليه الدائن لا المدين ، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطاه ، ووجب أن يفسر الالتزام فى مصلحة المدين إذ كان فى مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحا . وهذا الاعتبار يبرر فى الوقت ذاته كيف أن الالتزام يفسر لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا ، إذ أن الطرف الآخر هو الذى يملى عليه العقد .

نطاق تطبيق القاعدة :

لابد أن يكون هناك شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، بأن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يتبين أى وجه يفسر به العقد ، فالعقد غير موجود . كذلك إذا أمكن ترجيح وجه على وجه مهما كان الترجيح عسيراً ، فالشك منتف ، ووجب الأخذ بالوجه الراجح .

ويرد على القاعدة استثناء ورد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من التقنين المدنى المصرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . فيجب إذن ان يكون التفسير لمصلحته دائما ، ولو كان دائنا . فعقد التأمين مثلا يفسر دائما ، فى الالتزامات التى تترتب فى ذمة شركة التأمين ، لمصلحة المؤمن له لا لمصلحة الشركة .

تطبيقات القاعدة :

إذا كان هناك شك فى وجوب إعذار المدين ، فسر الشك فى مصلحته ووجب الإعذار . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقا فى حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ ، فسر الشك فى مصلحة المدين ولا يكون الشرط الجزائى مستحقا إلا فى حالة عدم التنفيذ وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها .

§ ٢ — تحديد نطاق العقد

العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد :

لا يقتصر القاضي ، كما قدمنا ، فى تحديد نطاق العقد على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين كما يفعل فى تفسير العقد ، بل يضيف إلى ذلك مايعتبر من مستلزمات العقد . وأهم العوامل التى يسترشد بها فى تحديد هذه المستلزمات هى : (١) طبيعة الالتزام (٢) القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة فى التعامل (clauses de style) (٤) العدالة .

طبيعة الالتزام :

يستكمل القاضى نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة . فمن باع عينا يعتبر أنه باع بالاضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء . ومن باع حقا يعتبر أنه قد باع بالاضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة ودعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الاضافية التى لاغنى عنها فى تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشترى السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء . وعقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذى ينقلهم من مكان إلى مكان .

القوانين التكميلية والمفسرة :

وهذه القوانين تعين القاضى على استكمال نطاق العقد . ذلك أن المتعاقدين يتركان فى الغالب بعض تفصيلات التعاقد ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما

اعتماداً على أحكام القانون . وهنا تأتى الأحكام القانونية تكمل العقد . فإذا أغفل المتبايعان تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه ، أو ميعاد الوفاء بالثمن ومكانه ، أو مايلزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية ، فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها فى نصوص عقد البيع ، وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد .

العرف والشروط المألوفة :

العرف يجرى مجرى القانون بوجه خاص فى المسائل التجارية والبحرية . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة فى التعامل ، فتضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بإدراجها فيه وإن لم تدرج فعلا ، وهى شروط أكثر تحديداً من العرف . مثل ذلك ما جرت به العادة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى من أن تضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفح بها الخدم ، فهذا شرط ينفذ حتى او لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوبا .

العدالة :

وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة فى استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبائع يجب عليه أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق المبيع مستحيلا أوعسيراً ، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد . وبائع المتجر يلتزم نحو المشترى بألا ينافسه منافسة غير مشروعة ينتزع بها منه عملاء المتجر . والعامل الفنى إذا عمل فى مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم بألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ، ولو لم يشترط عليه ذلك . وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر فى التبعة التى تتحملها الشركة .

المطلب الثانى

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

القاعدة العامة والاستثناء منها :

إذا فسر القاضى العقد وحدد نطاقه ، عرضت بعد ذلك مسألة تنفيذ العقد(١) . والقاعدة العامة هى أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه نطاقه ، دون تعديل فيه إلا ما اتفق عليه المتعاقدان أو نص عليه القانون . والاستثناء ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد . فنبحث القاعدة العامة ، ثم الاستثناء .

§ ١ — تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

العقد شريعة المتعاقدين :

ويطبق القاضى العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد له شأن القانون فى تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون فى حدود النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن أحكام القانون التى تدخل فى هذه الحدود ليست إلا أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين . فإذا تولى المتعاقدان

---

(١) ففى تفسير العقد يبحث القاضى عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفى تحديد نطاق العقد يضيف الى هذه النية المشتركة مالم تتناوله فى الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وفى تنفيذ العقد يجعل هذه النية المشتركة ، بعد ان يضيف اليها مستلزماتها ، هى شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التى يقررها القانون ، ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية .

بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما حتى فى نطاق هذه الأحكام التكميلية ، سرى عليهما ما أراداه لأنه هو الأصل ، واختفت الأحكام التكميلية لأن البديل يتوارى إذا ظهر الأصيل .

وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق ، فهناك وجوه شبه كما أن هناك وجوه خلاف . أما وجوه الشبه ، ففى أن كلا منهما ملزم . وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التى صنع بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية . وأما وجوه الخلاف ، ففى أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام ، أما القانون فيلغى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام . وتفسير العقد — إذا أخذنا بالإرادة الباطنة — مسألة موضوعية ، أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون :

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله بإرادة يستقل بها أحد الطرفين ، إلا فى الحدود التى يقررها القانون . كما لا يجوز للقاضى نقض العقد ولا تعديله بحجة العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين دون أن تنسخها .

ويجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين ، ويحصل هذا الاتفاق إما عند النقض أو التعديل ، وإما عند التعاقد منذ البداية فيتفقان على إعطاء هذا الحق لأحدهما أو لكليهما .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها ، كالوكالة

والوديعة والشركة والإيجار وعقد العمل إذا كانت هذه العقود الثلاثة الأخيرة غير محددة المدة . وقد ينص القانون فى بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل القاضى للعقد نزولا عند اعتبارات عادلة ، كما فعل فى جواز تعديل الشرط الجزائى ، وفى جواز منح المدين نظرة الميسرة ، وفى جواز الرجوع فى الهبة ، وفى جواز تعديل أجر الوكيل ، وفى جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهى نظرية الحوادث الطارئة وسنعود إلى تفصيلها .

ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية :

عندما يلزم القاضى المتعاقدين بتنفيذ العقـــد ، يقتضى منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع مايوجب حسن النية . فالمقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن ، وأمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . فنى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد ، وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف بما تم فى بيع كتابه . وعلى المشترى أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم ، وإذا كشف عيبا فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى مدة معقولة . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب لها أو يعتدى عليها أجنبى . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وعلى أى وجه كان

انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف .

مشتملات العقد — تقسيم العقود بالنسبة إلى مشتملاتها :

والفقه الغربى يعرف العقود المسماة كل عقد باسمه ، ولكنه يعرف إلى جانب ذلك نظرية عامة للعقد تسرى أحكامها على العقود المسماة والعقود غير المسماة .

وطبقاً للنظرية العامة للعقد ، ينشىء العقد التزامات فى جانب المتعاقدين . والالتزام يوجب على المدين به نحو الدائن أن ينقل له حقاً عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل . فالبائع يلتزم نحو المشترى أن ينقل له ملكية المبيع ، وأن يسلمه إياه ، وأن يمتنع عن التعرض ، وأن يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية . وكل عقد آخر لا تعدو مشتملاته الواجبة التنفيذ ما قدمناه من الالتزام بنقل حق عينى أو الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل .

ويقسم الفقه الغربى عادة العقود المسماة بالنظر إلى مشتملاتها إلى عقود ترد على الملكية وهذه هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإلى عقود ترد على المنفعة وهذه هى الإيجار والعارية ، وإلى عقود ترد على العمل وهذه هى المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وإلى عقود غرر وهذه هى المقامرة والرهان والإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، وإلى عقود توثيق وهذه هى الكفالة والرهن الرسمى ورهن الحيازة .

وسنرى أن الفقه الإسلامى فى مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد ، بل هو يستعرض العقود المسماة عقــداً عقداً ، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة ، فيقف عند الأحكام المشتركة التى تسرى على الكثرة الغالبة من هذه العقود .

§ ٢ — نظرية الحوادث الطارئة

وضع النظرية :

تفترض هذه النظرية أن عقداً يتراخى تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال كعقد توريد ، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائيا لحادث لم يكن فى الحسبان ، بحيث يختل التوازن الاقتصادى للعقد اختلالا خطيراً . وليكن الحادث خروج السلعة التى تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة ، فيرتفع سعرها ارتفاعا فاحشا ، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف . لو أن هذا الحادث الطارىء قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، لكان قوة قاهرة ، ولا نقضى به الالتزام . ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف ، لما كان له من أثر ، ولا لتزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملا . ولكننا نفرض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلا ، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف . ثم نفرض أن هذا كله لم يكن قائما وقت نشوء العقد ، بل جد عند تنفيذه ، إذ لو كان قائما وقت نشوء العقد لبقينا فى نطاق تكوين العقد ولم نخرج إلى نطاق تنفيذه ، ولكان علينا أن نلتمس العلاج فى عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو فى نظرية عقود الإذعان .

فماذا يكون الحكم فى المثل الذى أسلفناه ؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة : لا ينقضى التزام المدين لأن الحادث الطارىء ليس قوة قاهرة ، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق ، ولكن يرد القاضى الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه ، يطيقه بمشقة ولكن فى غير إرهاق .

ونبحث : (ا) التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة (ب) كيف أخذ التقنين المدنى المصرى ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى بهذه النظرية .

(ا) التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة

النظرية فى العصور الوسطى :

ظهرت النظرية فى العصور الوسطى فى القانون الكنسى ، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون أثراً قانونيا على الحادث الطارىء الذى يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين . وقامت الصياغة الفنية للنظرية فى القانون الكنسى على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) ، فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التى عقد فى ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغييرا جوهريا ، فإذا ماتغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشىء من هذا التغير المفاجىء فى الظروف الاقتصادية .

النظرية فى القانون الحديث — اندثارها فى القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضى إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدى المدنيين من رجال القانون الفرنسى القديم متأثرين فى ذلك بالقانون الرومانى . وثبت القانون المدنى الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية ، لافقها — على خلاف فى الرأى — ولا قضاء .

أما فى الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء على أسس مختلفة قام بتفنيدها خصوم النظرية . فمن الفقهاء من جعلها تقوم على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقا لظروف طارئة لم تكن فى حسبانه ، ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان

ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق فينفتح الباب واسعاً للتحكم. ومن الفقهاء من فسر النظرية فى ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام تعاقدى لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيما لم يكن متوقعا وقت التعاقد. ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد، لا عند تنفيذه كما هى الحال فى نظرية الظروف الطارئة. وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، فالقاضى بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين. ويرد على ذلك أن الدائن لم يثر بلا سبب، بل إن هناك سبباً لإثرائه وهو العقد. وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق، فالدائن يتعسف فى استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقا لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها. ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتعاقد يتراخى مدة من الزمن أن يستوثق من حقه طوال هذه المدة، فإذا تغيرت الظروف وطالب بحقه الذى استوثق منه بالتعاقد كان متبصرا لا متعسفا. ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع، فإذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة. وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا على أثر الحربين العالميتين، فى تأجيل الديون وفى عقود الإيجار وفى تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية وفى بعض العقود التجارية.

أما القضاء فلم يقر النظرية، لا فى فرنسا ولا فى مصر. وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر، حيث كان متفقا أن تروى مياه ترعة الأراضى المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافها كل التفاهة. وأبت أيضا أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية فى فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش زيادة كبيرة مما جعل التجنيد أكثر احتمالا، فزاد الخطر الذى تتعرض

له شركات التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارىء . واضطرد القضاء المصرى المختلط فى هذا المعنى ، فعنده أن الالتزام إذا كان تنفيذه ممكنا وجب القيام به حتى لو كان مرهقا للمدين . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بنظرية الظروف الطارئة فى حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع الدعوى أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة العويجة بسعر معين ، فورد بعض ماتعهد به ، ثم ارتفع السعر على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى مافوق الخمسة الجنيهات (استئناف مصر ٩ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٢ ص ٦٣) . ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، ورفضت الأخذ بالنظرية (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة محمود عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ — وانظر أيضا نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة محمود عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٤٣٥) .

ازدهار النظرية فى القانون العام :

على أن نظرية الظروف الطارئة ، بالرغم من اندثارها فى القانون الخاص ، ازدهرت فى القانون العام . وقد بدأت فى القانون الدولى العام شرطا ضمنيا مفروضا فى المعاهدات الدولية ، فهى تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) . ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى . وكانت الحرب العالمية الأولى هى المناسبة التى وافت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها فى قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز فى مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع السعر عقب نشوب الحرب من ٢٨ فرنك للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنك فى سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى فى هذا المعنى .

وقد أخذ القضاء الإدارى دون القضاء المدنى بنظرية الحوادث الطارئة لسببين :

(١) لأن الأقضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام ، فهى تتعلق بالمرافق العامة . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين التطبيق الصحيح للقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة . (٢) ولأن القضاء الإدارى غير مقيد بنصوص تشريعية كالتقنين المدنى ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع .

ظهور النظرية أخيرا فى القانون الخاص :

على أن نظرية الظروف الطارئة أخذت تظهر أخيراً حتى فى دائرة القانون الخاص ، فبدأت تظهر فى التقنينات الحديثة .

ظهرت فى تقنين الالتزامات البولونى ، فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص فى المادة ٢٦٩ منه على ما يأتى : « إذا جدت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحـد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقا لمبادىء حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد » .

ثم تلى تقنين الالتزامات البولونى التقنين المدنى الإيطالى الجديد ، فنص فى المادة ١٤٦٧ منه على ما يأتى : « فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل ، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد ،

وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة ».

وثالث التقنينات الحديثة التى اشتملت على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين المدنى المصرى الجديد ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ منه على ما يأتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وتبع التقنين المدنى المصرى فى هذا الطريق التقنين المدنى السورى (م ١٤٨ / ٢) ، ثم التقنين المدنى العراقى (م ١٤٦ / ٢) ، ثم التقنين المدنى الليبى (م ١٤٧ / ٢)(١) .

نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين المدنى المصرى الجديد وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى

شروط تطبيق النظرية :

لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة نبسطها فيما يلى ، ولم يأخذ التقنين المدنى المصرى بالشرط الأول منها :

أولا : أن يكون العقد الذى تثار النظرية فى شأنه عقداً متراخيا ، ذلك

---

(١) لافرق فى النصوص المتعلقة بنظرية الحوادث الطارئة بين التقنين المصرى والتقنينات المدنية العربية الاخرى : فنص كل من التقنين المدنى السورى والتقنين المدنى الليبى مطابق لنص التقنين المدنى المصرى ، ونص التقنين المدنى العراقى لا يختلف ، فهو يجرى على الوجه الاتى : « على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » (م ٢/١٤٦) .

أن طروء حوادث استثنائية لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير متراخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لايقع إلا نادراً ، فليس يوجد مايمنع من تطبيق النظرية . ولهذا آثر التقنين المصرى ، مقتديا بالتقنين البولونى ، أن يسكت عن شرط التراخى فهو شرط غالب لاشرط ضرورى . أما التقنين الإيطالى فقد نص على هذا الشرط ، بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية ، فهى العقود ذات التنفيذ المستمر والعقود ذات التنفيذ الدورى والعقود ذات التنفيذ المؤجل ، وتشترك هذه العقود جميعا فى أن هناك فاصلا زمنيا ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهى عقود متراخية . ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة ، لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير .

ثانيا : أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة : مثل ذلك زلزال أو حرب أو إضراب مفاجىء أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو تشريع مفاجىء كتشريع الإصلاح الزراعى أو ارتفاع باهظ فى الأسعار أو نزول فاحش فيها أو استيلاء إدارى أو وباء ينتشر أو جراد يزحف أسرابا . ويجب ألا تكون هذه الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس . فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين ، كالإفلاس أو الموت أو اضطراب الأعمال أو حريق المحصول ، لا تكفى .

ثالثا : أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان فى الوسع توقعها ، فلا سبيل لتطبيق النظرية . ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضانا استثنائيا) واختلاف سعر العملة وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث فى الوسع توقعها . والحادث الذى لايمكن توقعه لايمكن فى الوقت ذاته دفعه ، وإلا فالحادث الذى يمكن دفعه يستوى فيه أن يكون متوقعا أو غير متوقع ما دام دفعه فى الاستطاعة .

رابعا : أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لامستحيلا : وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة ، فالأول يجعل التنفيذ مرهقا أما الثانية فتجعله مستحيلا . ومن ثم تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقضى لاستحالة تنفيذه ، أما الحادث الطارىء فلا يقضى الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول ، فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعة الحادث . والإرهاق الذى يقع فيه المدين ذو معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر ، وما يكون مرهقا لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين فى ظروف أخرى ، والمهم هو أن يكون تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة لاتكفى . ولا ينظر فى هذه الخسارة إلا إلى الصفقة التى أبرمت ، فلا ينظر إلى مجموع ثروة المدين وإن يكن ذلك محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها ، فإذا التزم تاجر بتوريد قمح وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح ، جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا توافرت شروطها فى الصفقة التى أبرمها . أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعى بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين .

الجزاء فى نظرية الحوادث الطارئة :

الجزاء هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، فيصح أن يقف القاضى تنفيذ العقد ، ويصح أن ينقص الالتزام المرهق ، ويصح أخيراً أن يزيد الالتزام المقابل .

فقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير. مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارىء ارتفاعا فاحشا، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد.

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر، ثم يقل المتداول في السوق من السكر لحادث طارىء، فيجوز للقاضي أن ينقص الكميات التي التزم المدين بتوريدها إلى حد يجعل الالتزام غير مرهق وإن بقي عبئا ثقيلا.

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي الثمن الوارد في العقد. ولكن يلاحظ أمران: (١) أن القاضي لا يرفع الثمن إلى أربعة جنيهات، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بل أيضا تبعة الارتفاع المألوف. فإذا فرضنا أن الارتفاع المألوف هو عشرون قرشاً، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار كله دون أن يشاركه فيه الطرف الآخر. وما زاد على ذلك — وهو ثلثمائة وعشرون قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين، فيصيب المتعهد منه مائة وستون. ويرفع القاضي الثمن بهذا المقدار، فيصبح مائتين وعشرين بدلا من ستين. (٢) أن القاضي عندما يرفع الثمن من ستين إلى مائتين وعشرين لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين إذ تفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء. ولا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد على طلب المدين، وإلا تحمل الدائن وحده كل التبعة(١).

---

(١) ويجيز التقنين البولوني، كما رأينا، فسخ العقد اذا رأى القاضي ضرورة لذلك. اما

ويلاحظ فى شأن الجزاء أمران : (أولا) هو جزاء يعتبر من النظام العام ، فيقع باطلا كل اتفاق على مايخالفه . (ثانيا) وأن مهمة القاضى فيه تخرج عن مهمته المألوفة ، فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله (١) .

المبحث الثانى

مايلزم العاقدين بالعقد
فى الفقه الإسلامى

تماثر احكام هذا الموضوع :

لما كانت أحكام هذا الموضوع فى الفقه الإسلامى متناثرة فى جهات متفرقة ، فحتى نلم شتاتها نتبع نفس الترتيب الذى توخيناه فى عرض الفقه الغربى .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) تفسير العقد وتحديد نطاقه فى الفقه الإسلامى (٢) إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد فى الفقه الإسلامى .

=

التقنين الايطالى فهو يقضى بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق ، ولكن يجعل للدائن أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

ويلاحظ فى حالتى انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل ، ان القاضى لا يرد الالتزام الى الحد المعقول الا بالنسبة الى الحاضر . أما فى المستقبل فقد يزول الحادث الطارىء ، فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل .

(١) وقد أورد التقنين المدنى المصرى الى جانب النص العام نصوصا أخرى هى تطبيق للنظرية فى حالات خاصة ، كما فعل فى نظرة الميسرة (م ٢/٣٤٦ مدنى) ، وفى جواز تخفيض اجر الوكيل (م ٢/٧٠٩ مدنى) ، وفى عقد الايجار (م ٦٠٨ مدنى) ، وفى عقد المقاولة (م ٤/٦٥٨ مدنى) ، وفى حق الارتفاق (م ٢/١٠٢٣ و١٠٢٩ مدنى ـ وانظر أيضا المادتين ١٠٢٤ ـ ١٠٢٥ مدنى وهنا الحادث الطارىء هو حادث شخصى لا حادث عام) .

المطلب الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه

قواعد كلية فى الفقه الإسلامى :

يمكن القول إن هناك قواعد لتفسير العقد ولتحديد نطاقه فى الفقه الإسلامى ، ولكن هذه القواعد لا نجدها فى مكان واحد ، بل هى متناثرة فى أبواب الفقه المتفرقة كما قدمنا . وهذه القواعد لا توجد فى صورة قواعد كلية إلا فى بعض كتب الفقه التى عرضت لتقعيد القواعد وتأصيلها ، كالأشباه والنظائر لابن نجيم فى الفقه الحنفى ، والأشباه والنظائر للسيوطى فى فقه الشافعى ، والفروق للقرافى فى الفقه المالكى ، والقواعد لابن رجب فى الفقه الحنبلى .

ولكن مجلة الأحكام الشرعية — وهى تقنين مدنى للفقه الإسلامى فى المذهب الحنفى وضعته لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية — جمعت هذه القواعد الكلية جمعا حسنا فى المقدمة ، مستقية إياها من كتب القواعد المشار إليها ، وبوجه خاص من الأشباه والنظائر لابن نجيم . وقد جاء فى هذا الصدد ، فى التقرير الذى قدمته اللجنة للصدر الأعظم للدولة العلية فى خصوص المجلة ، ما يأتى : « فلدى مطالعتكم هذه المجلة يحيط علمكم العالى بأن المقالة الثانية من المقدمة هى عبارة من القواعد التى جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى . نعم ليس لحكام الشرع الشريف أن يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ما لم يقفوا على نص صريح ، إلا أن لها فوائد كلية فى ضبط المسائل . فمن اطلع عليها أمكنه أن يضبط المسائل بأدلتها ، وجميع المأمورين يرجعون إليها فى كل خصوص ، وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أقله على وجه التقريب . وبناء على

ذلك لم تكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب أو باب ، بل أدرجناها فى المقدمة » .

والمطلع على نصوص المجلة فى خصوص هذه القواعد الكلية يرى أنها خليط من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام وللإثبات ولتفسير النصوص ، ويمتزج بهذه القواعد جميعا قواعد فى تفسير العقود وفى تحديد نطاق العقد . ويقتصر بحثنا هنا على هذه القواعد الأخيرة ، نوردها كما وردت فى المجلة .

§ ١ — تفسير العقد

العبرة فى تفسير العقد فى الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة :

قدمنا أن الفقه الإسلامى نزعته موضوعية ، وأن العبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة . ويتبين ذلك فى وضوح عندما ننظر كيف تفسر العقود إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة فى العقد واستخلاص معانيها الظاهرة ، دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هى المعانى التى تتمثل فيها الإرادة الباطنة . فالإرادة الباطنة لاشأن لنا بها ، إذهى ظاهرة نفسية لاتعنى المجتمع ، والذى يعنيه هى الإرادة الظاهرة التى اطمأن إليها كل من المتعاقدين فى تعامله مع الآخر ، فهذه هى ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، وهى التى يتكون منها العقد .

من أجل ذلك يقف الفقيه عند الصيغ الواردة فى العقد ، ويحللها تحليلا موضوعيا ليستخلص منها المعانى السائغة ، ويعتبر هذه المعانى هى إرادة المتعاقدين المشتركة . جاء فى البدائع : « الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى ، وقد يكون بصيغة الحال . أما بصيغة الماضى فهى أن يقول البائع بعت ويقول المشترى اشتريت ، فيتم الركن . لأن هذه الصيغة وإن كانت

للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع . وكذا إذا قال البائع خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا ، وقال المشترى قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن . لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدى معنى البيع وهو المبادلة ، والعبرة للمعنى لا للصورة . وأما صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الايجاب فقال المشترى اشتريت ، أو قال المشترى اشترى منك هذا الشيء بكذا ونوى الايجاب ، أو قال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشترى اشتريه ونويا الايجاب ، يتم الركن وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا وان كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية . ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بأن يقول المشترى للبائع أتبيع منى هذا الشيء بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد مالم يقل البائع بعت» (البدائع جزء ٥ ص ١٣٣) . ونرى من ذلك كيف أن نية المتعاقدين تستخلص مما تدل عليه الألفاظ الواردة فى العقد ، فإن كان المعنى الذى يستخلص فى العرف وفى الشرع واضحا لم يجز الانحراف عنه إلى غيره . وإن كان المعنى غير واضح ، وجب تبين نية المتعاقدين . فصيغة الماضى تتمحض للحال عرفا وشرعا ، لذلك لا مجال للبحث عن النية ونقف عند هذه الصيغة لنستخلص إرادة المتعاقد . أما صيغة المضارع فيقع فيها شك فلابد من تبين النية . وصيغة الاستفهام لا يقع فيها شك من حيث أنها مساومة لا تعاقد ، فلا نبحث عن النية هنا ونقف عند الإرادة الظاهرة فلا يكون هناك تعاقد بصيغة الاستفهام .

وجاء فى مجمع الضمانات : «رجل قال للخياط انظر إلى هذا الثوب ، فإن كفانى قميصا فاقطعه وخطه بدرهم ، فقال الخياط نعم وقطعه ، ثم قال بعد ما قطع لا يكفيك ، ضمن الخياط قيمة الثوب ، لأنه إنما أذن له بشرط

الكفاية . ولو قال للخياط انظر أيكفينى قميصا ، فقال الخياط نعم يكفيك ، فقال رب الثوب اقطعه ، فقطعه فإذا هو لايكفيه ، لا يضمن الخياط شيئا ، لأنه أذن له بالقطع مطلقا . فإن قال الخياط نعم ، فقال صاحب الثوب فاقطعه أو اقطعه إذن ، فقطعه ، كان ضامنا إذا كان لايكفيه ، لأنه علق الإذن بالشرط ، (مجمع الضمانات ص ٤٠ — ٤١) . فانظر كيف أن كلمة واحدة هى « إذن » ، بل إن حرفا واحداً هو « الفاء » ، يكفى لاستخلاص إرادة المتعاقد الظاهرة كما تدل عليها الصيغة ، فيعلق الإذن بالشرط أو لايعلق تبعاً لوجود هذه الكلمة أو لانعدامها . وجاء أيضا فى مجمع الضمانات : « رجل طلب من رجل ثورا عارية ، فقال له المعير أعطيك غداً ، فجاء المستعير فى الغد وأخذه بغير إذن صاحبه ومات فى يده ، ضمن . . . وفى فتاوى قاضيخان فيمن استعار من آخر ثوراً غداً فأجابه بنعم ، فجاء المستعير غداً ولم يجد صاحب الثور فأخذ الثور من بيته واستعمله فعطب ، لايكون ضامنا . والفرق بينها وبين المسألة السابقة أن المستعير هنا أخذ الثور من بيته غداً وكان صاحب الثور أجابه بنعم ، وثمة قال صاحب الثور أعطيك غداً فهو وعد له بالإعطاء وما أعاره » (مجمع الضمانات ص ٢٨)[(١)] .

---

(١) وجاء فى البدائع : « لا يجوز بيع ما ليس عند البائع .. ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشترى .. وعلى هذا يخرج ما اذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينار الى شهر ، أو قال اشتريت منك درهما أو دينار الى شهر بهذه الحنطة انه يجوز ، لما ذكرنا أن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال ، فكان ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بثمن ليس عنده ، وانه جائز ... وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعتك منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها انه يجوز ، لانه جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث أدخل فيها حرف الباء ، فيكون الاخر مبيعا ، فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة فى الذمة فيجوز . ولو قال اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم ، لانه جعل العبد ثمنا بدلالة حرف الباء ، فكانت الحنطة مبيعة فكان بائعا ما ليس عنده ، فلا يجوز الا بشرائط السلم من الاجل وبيان مكان الايفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٥) .

وجاء فى شرح سليم باز على المجلة : « وكذا لو قال له أليس للمدعى عندك المبلغ الذى يدعيه ، فأجابه بلى ، يكون اقرارا . وان أجاب نعم ، لا يكون اقرارا . لان جواب الاستفهام فى النفى ببلى اثبات وبنعم نفى ، فكأنه قال ليس عندى . وقيل ان أجاب بنعم يكون اقرارا أيضا ، لان الاقرار يحمل على العرف ، لاعلى دقائق العربية » . (شرح سليم باز على المجلة ص ٤٦) .

ويظهر من كل ذلك أن العبرة فى الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة ، كما تستخلص من العبارات والصيغ التى استعملها المتعاقدان . وفى هذا استقرار للتعامل ، وتحقيق للثقة المشروعة التى وضعها كل من المتعاقدين فى الآخر ، عندما اطمأن إلى ما يمكن استخلاصه فى عباراته من معان سائغة . أما فى الفقه الغربى ، وبخاصة فى الفقه اللاتينى ، فالعبرة بالإرادة الباطنة ، أما العبارة فهى دليل على الإرادة ، ولكنه دليل يقبل إثبات العكس . فإذا كان هناك خلاف بين الإرادة والعبارة فالعبرة بالإرادة دون العبارة . وهذا بخلاف الفقه الإسلامى ، وكذلك الفقه الجرمانى إلى مدى يقرب من الفقه الإسلامى ، فالعبارة هى التى يعتد بها ومنها وحدها تستخلص الإرادة .

قواعد فى الفقه الإسلامى توهم أن العبرة بالإرادة الباطنة :

على أن هناك فى الفقه الإسلامى قواعد كلية توهم أن العبرة بمقصود المتعاقدين ، أى بنيه المتعاقدين وإرادتهما الباطنة . من ذلك ما جاء بالمادة الثانية من المجلة من أن « الأمور بمقاصدها ، يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود بالأمر » . ويقول الأستاذ سليم باز فى شرح هذا النص : « ويقرب من هذه القاعدة قاعدة أنما الأعمال بالنيات .. أى أن الأحكام الشرعية التى تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال . فلو أن الفاعل المكلف قصد بالفعل الذى فعله أمراً مباحاً كان فعله مباحا ، وإن قصد أمراً محرماً كان فعله محرما . . . ويتخرج عليها فروع كثيرة منها : لو وجد شيئا فى الطريق ، فأخذه بنية رده إلى صاحبه ، كان أمانة فى يده ، فلا يضمن لو هلك ذلك الشىء فى يده بدون صنع أو تقصير منه . وأما لو أخذه بقصد أن يتخذه لنفسه كان غاصبا ، فلو هلك فى يده ولو بدون صنعه وتقصيره يضمن . . ومنها لو أفرخ طير أو باض فى أرض رجل أو تكسر فيها ظبى ، فهو لمن سبقت يده إليه ، إلا أن يكون صاحب الأرض قد هيأها لذلك . ومنها لو نصب الصياد شبكة فتعلق بها صيد ،

فإن كان قد نصبها للجفاف فالصيد لمن سبقت يده إليه ، وإن كان قد نصبها للصيد فهو لصاحبها وإن أخذها غيره كان غاصبا » (شرح سليم باز على المجلة ص ١٧ — ص ١٨) .

ومن ذلك أيضا ما جاء بالمادة الثالثة من المجلة من أن « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى ، لا للألفاظ والمبانى ، ولذا يجرى حكم الرهن فى بيع الوفاء » . ويقول الأستاذ سليم باز فى شرح هذا النص : « أى أن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ، كالبيع والإجارة والحوالة، تعتبر فيها المقاصد والمعانى ، ولا عبرة للألفاظ . ولهذا جرى حكم الرهن فى البيع بالوفاء وإن كان منعقـــداً بلفظ البيع ، لأنه لم يقصد به تمليك المبيع المشترى بل تأمينه على دينه . . ومما يتفرع على هذه القاعدة مالو قال وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعاً بالإجماع ، إذ العبرة للمعانى لا للألفاظ . . ومنه أن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المديون حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالة . . والهبة بشرط العوض بيع فتجرى فيها الشفعة . . والإعارة لمدة معلومة بأجر معلوم إجارة . . والوصاية حال حياة الموصى وكالة ، وتوكيله بعد موته وصاية » (شرح سليم باز على المجلة ص١٩).

ولكن الصحيح هو أن العبرة بالإرادة الظاهرة :

وإذا صح ماقدمناه من أنه يعتد بالمقاصد والمعانى ، فإن هذا عند إمعان النظر لايعنى أنه يعتد بالإرادة الباطنه . فالمقاصد والمعانى التى يعتد بها هى هذه التى تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية ، فلا نجاوز هذا البحث الموضوعى إلى بحث ذاتى نستشف به الضمير ونستكشف خفايا الأنفس . فمن أفرخ فى أرضه طير أو باض أو تكسر فيها ظبى نعرف نيته من علامة مادية ظاهرة هى تهيئة أرضه للصيد، فإذا كان قد هيأها لذلك كان الصيد له . كذلك إذا نصب الصياد شبكته

فتعلق بها صيد ، وقفنا أيضا عند علامة مادية ، فإن كان قد نصبها للصيد كان له ، أو للجفاف فالصيد لمن سبقت يده . وبيع الوفاء رهن لأن العرف قد جرى بأن هذا الضرب من التعامل لايقصد به تمليك المبيع للمشترى بل تأمينه على دينه ، فمن باع ماله بيع وفاء فهو يرهنه ، هذه هى إرادته الظاهرة نعتد بها أيا كانت إرادته الباطنة . ومن وهب دارا فى مقابل ثوب فإرادته الظاهرة تتجه للبيع لا للهبة ، والدليل المادى على ذلك أنه خرج عن ملكه بمقابل . والكفالة لاتبرىء ذمة المدين بينما تبرئها الحوالة ، فإبراء ذمة المدين دليل مادى على أن الكفالة حوالة ، وعدم إبرائها دليل مادى آخر على أن الحوالة كفالة . وقل مثل ذلك فى سائر الأمثلة التى سبق إيرادها .

يدعم هذا الذى قدمناه قواعد كلية ثلاث هى أيضا قد وردت فى المجلة :

فتنص المادة ١٢ من المجلة على أن «الأصل فى الكلام الحقيقة» . فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقى . فلو أوصى لولد زيد ، لم يدخل ولد ولده إن كان له ولد الصلبه ، فإن لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الابن (الأشباه والنظائر ص ٣٦) .

وتنص المادة ١٣ من المجلة على أنه « لاعبرة للدلالة فى مقابلة التصريح » . فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا ، قدم الأول على الثانى ، لأن الدلالة المادية فى الصريح أبلغ . مثل ذلك أن يهب شخص شيئا لآخر ، فقبض الموهوب فى المجلس الهبة ولو بغير إذن الواهب صحيح ، لأن إيجاب الواهب فى مجلس الهبة إذن ضمنى ، ولو نهى الواهب الموهوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه ، لأن النهى الصريح يقدم على الإذن الضمنى .

وتنص المادة ٦٨ من المجلة على أن « دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعنى أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه » . فاستعمال الآلة المفرقة للأجزاء دليل على نية القتل . ويقول الأستاذ سليم باز فى هذا الصدد :

« لقد ورد فى شرح المادة الثانية أنه إذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها ، فلا يضمن لو ضاعت منه بدون تقصيره . ولما كانت النية من الأمور الباطنة والاطلاع عليها متعذر ، فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كإعلان الملتقط أنه وجد لقطة » (شرح سليم باز على المجلة ص ٤٨) .

ويخلص مما قدمناه أن أهم قاعدة فى تفسير العقد فى الفقه الإسلامى هى أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح ، ولايجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية المتعاقدين . وفى هذا يتفق الفقه الاسلامى مع الفقه الغربى . غير أن الفقه الاسلامى ، على خلاف الفقه اللاتينى ، يقف عند الإرداة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . فإذا اقتضى الأمر تفسير نية المتعاقدين ، فالمصدر الأول لهذا التفسير هو العبارات والصيغ التى استعملها المتعاقدان فى التعاقد . والأصل فى هذه العبارات الحقيقة ، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذر إعمال الحقيقة . وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح ، إعتبر التصريح ولاعبرة بالدلالة . وإذا خفى الأمر حكم بالظاهر ، فهو دليله فى الأمور الباطنة ويقوم مقامه[1] .

---

(١) وحتى عندما يتكلم الفقهاء عن معانى العقود بالمقابلة لصيغها ، تراهم دائما يقصدون بمعنى العقد الارادةالظاهرة ، وبصيغته المعنىالحرفىللالفاظ ، فيقدمون الارادةالظاهرةعلىالمعنى الحرفى ، فى الغالب ، تحت ستار أنهم يقدمون معانى العقود على صيغها . من ذلك ما جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى : « هل العبرة بصيغ العقود او معانيها ؟ خلاف والترجيح مختلف . فمنها اذا قال .. بعتك بلا ثمن أو لا ثمن لى عليك فقال اشتريت وقبضه ، فليس بيعا ، وفى انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى . ومنها اذا قال بعتك ولم يذكر ثمنا ، فان راعينا المعنى انعقد هبة ، أو اللفظ فهو بيع فاسد . ومنها اذا قال بعتك ان شئت ، ان نظرنا الى المعنى صح فانه لو لم يشأ لم يشتر وهو الاصح ، وان نظرنا الى لفظ التعليق بطل .. ومنها اذا قال لمن عليه الدين وهبته منك ، ففى اشتراط القبول وجهان ، أحدهما يشترط اعتبارااللفظالهبة ، والثانى لا اعتبارابمعنى الابراء وصححه الرافعى فىكتابالصداق . ومنها لو صالحه من الف فى الذمة على خمسمائة فى الذمة ، ففى اشتراط القبول وجهان ، قال الرافعى الاظهر اشتراطه . قيل وقد يقال انه مخالف لما صححه فى الهبة وليس كذلك ، فقد قال السبكى ان اعتبرنا اللفظ اشترط القبول فى الهبة والصلح ، وان اعتبرنا المعنى اشترط فى الهبة دون الصلح ... ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الاول ، فهو اقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب التتمة ، وخرجه السبكى على القاعدة ، ثم رايت التخريج للقاضى حسين اذ قال : ان اعتبرنا اللفظ لم يصح وان اعتبرنا المعنى فاقالة .. ومنها لو عقد

قواعد كلية أخرى فى تفسير العقد فى الفقه الإسلامى :

وإلى جانب القاعدة الجوهرية السالفة الذكر فى تفسير العقد ، توجد فى الفقه الإسلامى قواعد كلية أخرى هى ثمرة المنطق القانونى السليم ، وهى قواعد لاتتخلف عن نظائرها مما قدمناه فى الفقه الغربى . ونورد بعضا منها على سبيل المثال ، ناقلين إياها عن المجلة وكتب القواعد المشار إليها :

١ — إذا تعارض المانع والمقتضى ، يقدم المانع (م ٤٦ مجلة) . فإذا باع شخص دارا من آخر ، واشترط أن يكون له ربعها طول حياته ، فمقتضى تملك المشترى للدار جواز التصرف فيها ، ولكن تعارض مع هذا المقتضى مانع هو اشتراط الريع للبائع . فيجوز حتى يسلم الريع للبائع أن يفسر العقد على أن يمنع المشترى من التصرف فى الدار طول حياة البائع ، وذلك لتعارض المانع من التصرف مع المقتضى له وتقديم المانع . وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم فى هذا الصدد : « وقد رجحوا المانع على المقتضى فى مسألة سفل لرجل وعلو لآخر ، فإن كلا منهما ممنوع عن التصرف فى ملكه لحق الآخر ، فملكه مطلق له ، وتعلق حق الآخر به مانع . وكذا تصرف الراهن والمؤجر فى المرهون والعين المؤجرة منع لحق المرتهن والمستأجر . وإنما قدم الحق هنا على الملك لأنه لايفوت به إلا منفعة بالتأخير ، وفى تقديم الملك تفويت عين على الآخر » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠) .

=

الاجارة بلفظ البيع فقال بعتك منفعة هذه الدار شهرا ، فالاصح لا ينعقد نظرا الى اللفظ ، وقيل ينعقد نظرا الى المعنى . ومنها اذا قال قارضتك على أن كل الربح لك ، فالاصح أنه اقراض فاسد رعاية للفظ ، والثانى اقراض صحيح رعاية للمعنى . وكذا لو قال ان كله لى ، فهل هو اقراض فاسد أو ابضاع ، الاصح الاول . وكذا لو قال أبضعتك على أن نصف الربح لى ، فهل هو ابضاع أو اقراض ، فيه الوجهان ... ومنها اذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم مثلا أو أصلهم ، فالاصح الصحة اعتبارا بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ، والثانى لا يصح اعتبارا باللفظ فانه تمليك لمجهول .. ومنها هبة منافع الدار هل يصح ويكون اعارة نظرا الى المعنى أولا ؟ وجهان حكاهما الرافعى فى الهبة من غير ترجيح ، ورجح البلقينى أنه تمليك منافع الدار وانه لا يلزم الا ما استهلك من المنافع » . (الاشباه والنظائر للسيوطى ص ١١١ — ص ١١٢) .

٢ – إعمال الكلام خير من إهماله (م ٦٠ مجلة) . فلا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، ومن ثم لو وقف ماله على أولاده ، وليس له إلا أولاد الأولاد ، حمل المعنى عليهم صونا للفظ عن الإهمال . ويترتب على هذه القاعدة قاعدة أخرى ، هى أنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (م ٦١ مجلة) . فإذا كان الكلام لايمكن إعماله حقيقة ، وأمكن إعماله مجازا ، فإعماله بالانتقال من الحقيقة إلى المجاز خير من إهماله بتاتا حقيقة ومجازا . فإذا أقر من لاوارث له لشخص أجنبى عنه وأكبر منه سنا بأنه ابنه ووارثه، فحيث لايمكن حمل كلامه على معناه الحقيقى يصار إلى المجاز ، وهو معنى الوصية فيعتبر الأجنبى موصى له لا وارثا . جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم فى هذا الصدد : « إعمال الكلام خير من إهماله متى أمكن . . ولذا اتفق أصحابنا فى الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة فإنه يصار إلى المجاز . لو وقف على مواليه وليس له موال وإنما له موالى موال ، استحقوا . . يدخل فى هذه القاعدة قولهم التأسيس خير من التأكيد ، فإذا دار اللفظ بينهما تعين الحمل على التأسيس . ولذا قال أصحابنا لو قال لزوجته أنت طالق طالق طالق طلقت ثلاثا ، فإن قال أردت به التأكيد صدق ديانة لا قضاء . . وفى النوازل رجل قال لآخر والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شىء عليه » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٨ و ص ٦٩ و ص ٧٦ و ص ٧٧) .

٣ – إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (م ٦٢ مجلة) . وهذه القاعدة تتمة لما قبلها ، فإذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقى أو مجازى أهمل . ويتفرع على ذلك أنه إذا أقر لزوجته التى هى من نسب آخر وأكبر منه سناً بأنها ابنته ، فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقى لأنها أكبر منه سناً ومن نسب آخر ، ولا على معنى مجازى أى معنى الوصية لكونها وارثة له والوصية للوارث لاتقع ، ولذلك يهمل كلامه ولا يعتبر .

٤ — ذكر بعض مالايتجزأ كذكر كله (م ٦٣ مجلة) . فلو أسقط ولى القتيل نصف القصاص سقط كله ، لأن القصاص لايتجزأ . ولو ترك الشفيع شفعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر ، بطلت شفعته فى كل الدار ، لأن حق الشفعة لايتجزأ . أما ذكر بعض مايتجزأ فليس كذكر كله . فلو كفل له بنصف دينه فلا يعد كفيلا بالكل بل بالنصف ، ولو أبرأ مدينه من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط ، ولو قتل رجلان رجلا فعفى الولى عن أحدهما كان له أن يقتل الآخر ، ولوقتل رجل رجلين فعفى ولى أحد المقتولين فلولى الآخر أن يقتله .

٥ — المطلق يجرى على إطلاقه ، ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (م ٦٤ مجلة) . فإذا وكل شخص آخر فى بيع داره بالثمن الذى يراه الوكيل مناسباً ، كان للوكيل أن يبيعه بالثمن الذى يراه ، لأن الوكالة فى الثمن مطلقة . أما إذا عين الموكل مبلغاً ، لم يجز للوكيل أن يبيع بثمن أقل من هذا المبلغ ، لأن دليل التقييد قام نصا فلايجوز مخالفته . وإذا وكل شخص آخر فى شراء دار ، كان للوكيل أن يشتريها بثمن المثل أو بغبن يسير ، لا بغبن فاحش لأن وكالته مقيدة دلالة بعدم التجاوز إلى الغبن الفاحش ، ولو اشتراها بغبن فاحش وقع الشراء له .

٦ — الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر (م ٦٥ مجلة) . فلو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر فى المجلس ، وقال فى إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه ، وقبل المشترى ، صح البيع ، ولغا وصفه الأدهم لأن الوصف فى الحاضر لغو . ولو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم ، لا ينعقد البيع ، لأن الوصف فى الغائب معتبر .

٧ — السؤال معاد فى الجواب (م ٦٦ مجلة) . يعنى أن ماقيل فى السؤال المصدق فكأن المجيب المصدق قد أقر به . جاء فى شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « مثلا لوسأل الحاكم المدعى عليه قائلا إن المدعى يدعى عليك بألف دينار

من جهة كذا فماذا تجيب ؟ فأجاب نعم ، فيكون قد أقر بالألف . . وفيه لو قال أعطنى ثوب عبدى هذا ، أو افتح لى باب دارى هذا ، أو جصص لى دارى هذه ، أو أسرج دابتى هذه أو اعطنى سرجها أو لجامها ، فقال نعم ، كان إقراراً منه بالعبد والدار والدابة » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٤٦) . وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى فى هذا الصدد : « السؤال معاد فى الجواب . فلو قيل له على وجه الاستخبار أطلقت زوجتك وقال نعم ، كان إقراراً يؤخذ به فى الظاهر ولو كان كاذبا . ولو قيل له على وجه التماس الإنشاء ، فاقتصر على قوله نعم ، فقولان . أحدهما أنه كناية لايقع إلا بالنية ، والثانى وهو الأصح صريح لأن السؤال معاد فى الجواب فكأنه قال طلقتها ، وحينئذ لايقدح فى كونه صريحا حصرهم ألفاظ الصريح فى الطلاق والفراق والسراح . ولو قالت أبنى بألف ، فقال ابنتك ونوى الزوج الطلاق دونها ، فوجهان . أحدهما لايقع الطلاق ، لأن كلامه جواب على سؤالها فكان السؤال معاداً فى الجواب ، وهى لم يوجد منها القبول لعدم نية الفراق ، وإنما هو رضا بعوض وهذا ماصححه الإمام . والثانى أنه يقع رجعياً ، ويحمل ذلك على ابتداء خطاب منه لانه مستقل بنفسه ، ورجحه البغوى » (الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٧) .

٨ — حكم النماء حكم الأصل . جاء فى القواعد لابن رجب فى هذا الصدد : « النوع الثانى عقود موضوعة لغير تمليك العين ، فلا يملك بها النماء بغير إشكال ، إذ الأصل لايملك فالفرع أولى . ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله فى ورود العقد عليه ، وفى كونه مضمونا أم غير مضمون ، فإن كان العقد واردا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وإن كان غير لازم أو لازما لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما فى الذمة فلا يكون النماء داخلا فى العقد ، وهل يكون تابعا للأصل فى الضمان وعدمه ، فيه وجهان . أحدهما أنه تابع له فيهما ، والثانى إن شارك الأصل فى المعنى الذى أوجب الضمان أو الائتمان تبعه وإلا فلا . ويندرج تحت ذلك صور : منها المرهون ، فنماؤه

المنفصل كله رهن معه ، سواء كان متوالداً من عينه كالثمرة والولد أو من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالأرش ، وهو داخل معه فى عقد الرهن فيملك الوكيل فى بيع الرهن بيعه معه وإن كان حادثاً بعد العقد والتوكيل . ومنها الأجير كالراعى وغيره ، فيكون النماء فى يده أمانة كأصله .. ومنها المستأجر ، يكون النماء فى يده أمانة كأصله ، وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل فى العقد . . ومنها المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت فى يد القابض ، قال القاضى وابن عقيل حكمه حكم أصله ، إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا » (القواعد لابن رجب ص ١٦٦ — ص ١٦٧) .

٩ — الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر . جاء فى الفروق للقرافى فى هذا الصدد : « أعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر ، وهو شأن الشريعة . كما يقدم الغالب فى طهارة المياه ، وعقود المسلمين ، ويقصر فى السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة ، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف ، وهو كثير فى الشريعة لا يحصى كثرة » . (الفروق للقرافى جزء ٤ ص ١٠٤) .

١٠ — الخراج بالضمان . جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى : « الخراج بالضمان هو حديث صحيح أخرجه الشافعى وأحمد وأبو داوود والترمذى والنسائى وابن ماجة وابن حبان من حديث عائشة . وفى بعض طرفه ذكر السبب ، وهو أن رجلا ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبى صلى الله عليه وسلم فرده عليه . فقال الرجل يارسول الله قد استعمل غلامى ، فقال الخراج بالضمان . قال أبو عبيدة الخراج فى هذا الحديث غلة يشتريه الرجل ، فيستعمله زمانا ، ثم يعثر منه على عيب دسه البائع ، فيرده ويأخذ جميع الثمن . ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان فى ضمانه ولو هلك هلك من ماله انتهى . وكذا قال الفقهاء معناه ما خرج من الشىء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشترى عوض ما كان عليه من ضمان الملك . فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه ، فالغلة فى مقابلة الغرم . وقد ذكروا هنا سؤالين : أحدهما لو كان الخراج

فى مقابله الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد لو انفسخ لكونه من ضمانه ولا قائل به ، وأجيب بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك وبعده به وبالضمان معا ، واقتصر فى الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشترى . الثانى لو كانت العلة الضمان لزم أن تكون الزوائد للغاصب لأن ضمانه أشد من ضمان غيره وبهذا احتج لأبى حنيفة فى قوله إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب ، وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك فى ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه إذا تلف على ملكه وهو المشترى والغاصب لا يملك المغصوب » (الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٣ — ص ٩٤) [١] .

يفسر الشك فى مصلحة المدين فى الفقه الاسلامى :

وقد أورد التقنين المدنى العراقى قاعدة جوهرية فى تفسير العقد ، فنص فى المادة ١٦٦ منه على أنه « يفسر الشك فى مصلحة المدين » . وهذا النص وإن كان مأخوذاً من الفقه الغربى على ما رأينا ، إلا أنه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العقد فى الفقه الإسلامى .

فهناك قواعد كلية ثلاث أوردها ابن نجيم فى الأشباه والنظائر ، تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ : (القاعدة الأولى) هى أن اليقين لا يزول بالشك .

---

(١) وقد نقل التقنين المدنى العراقى عن الفقه الاسلامى أكثر هذه القواعد فى تفسير العقد على الوجه الآتى :

م ١٥٥ : ١ — العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى ، لا للالفاظ والمبانى . ٢ — على أن الاصل فى الكلام الحقيقة ، أما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز .

م ١٥٧ : لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح .

م ١٥٨ : اعمال الكلام أولى من اهماله ، لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل .

م ١٥٩ : ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .

م ١٦٠ : المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة .

م ١٦١ : الوصف فى الحاضر لغو ، وفى الغائب معتبر .

م ١٦٢ : السؤال المصدق معاد فى الجواب المصدق .

فإذا كان هناك شك فى مديونيته المدين ، فاليقين أنه بریء الذمة ، ولا يزال هذا اليقين بالشك . (والقاعدة الثانية) أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتبق براءة الذمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين . ويقول ابن نجيم فى هذا الصدد : « ومن فروع ذلك مالو كان لزيد على عمرو ألف مثلا ، فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨ — ص ٢٩) . (والقاعدة الثالثة) أن الأصل براءة الذمة . فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بریء الذمة ، حتى يقيم من يدعى الدين الدليل القاطع على أن له ديناً فى ذمته ، وإذا كان هناك شك فى مديونية المدين استصحبت براءة ذمته وفسر الشك فى مصلحته . ويقول ابن نجيم فى هذا الصدد : « الأصل براءة الذمة ، ولذا لم يقبل فى شغلها شاهد واحد ، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل ، والبينة على المدعى لدعواه ما خالف الأصل . فإذا اختلفا فى قيمة المتلف والمغصوب ، فالقول قول الغارم لأن الأصل البراءة عما زاد . ولو أقر بشيء أو حق قبل تفسيره بما له من قيمة ، فالقول للمقر مع يمينه . . قاعدة : من شك هل فعل شيئاً أم لا ، فالأصل أنه لم يفعل . وتدخل فيها قاعـــدة أخرى : من تيقن الفعل وشك فى القليل والكثير ، حمل على القليل لأنه المتيقن ، إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا يبرأ إلا باليقين . وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة ، هى ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩) .

ويخلص مما قدمناه أن قواعد تفسير العقد فى الفقه الإسلامى قريبة من قواعد التفسير فى الفقه الغربى ، وأن الفرق الجوهرى بين الفقه الإسلامى والفقه اللاتينى هو أن العبرة فى الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة ومثله فى ذلك الفقه الجرمانى ، وفى الفقه اللاتينى العبرة بالإرادة الباطنة .

§ ٢ — تحديد نطاق العقد

العوامل التى يسترشد بها فى تحديد نطاق العقد :

فى الفقه الإسلامى ، كما هو الأمر فى الفقه الغربى على ما رأينا ، يسترشد فى تحديد نطاق العقد : (١) بالعرف والعادة (٢) بطبيعة الالتزام ، فيتبع العين ماتستلزمه طبيعتها من ملحقات .

العرف والعادة :

ورد فى المجلة كثير من القواعد الكلية تلزم الأخذ بالعرف والعادة فى تحديد نطاق العقد ، نذكر منها القواعد الآتية :

١ ــ العادة محكمة (م ٣٦ مجلة) . وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : « القاعدة السادسة العادة محكمة . وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، قال العلائى لم أجده مرفوعا فى شىء من من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه موقوفا عليه أخرجه أحمد فى مسنده . واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه فى الفقه فى مسائل كثيرة . . . إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت ، ولذا قالوا فى البيع لو باع بدراهم أو دنانير وكانا فى بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج انصرف البيــع إلى الأغلب ، قال فى الهداية لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه . ومنها لو باع التاجر فى السوق شيئاً بثمن ، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوما ، انصرف إليه بلا بيان ، قالوا لأن المعروف كالمشروط . . ومنها فى استئجار الكاتب قالوا الحبر عليه والأقلام . والخياط قالوا الخيط والإبرة عليه عملا بالعرف ، وينبغى أن يكون الكحل على الكحال للعرف ،

ومن هذا القبيل طعام العبد فإنه على المستأجر ، بخلاف علف الدابة فإنه على المؤجر حتى لو شرط على المستأجر فسدت كما فى البزازية ، بخلاف استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فإنه جائز وإن كان مجهولا للعرف » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦ — ص ٤٧) . وجاء فى شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « العادة المتعارفة فى سائر البلاد تسمى العرف العام ، والمتعارفة فقط عند قوم أو فى بلدة يطلق عليها اسم العرف الخاص . والحكم العام يثبت بالعرف العام وبه يتخصص النص ، فبيع المعدوم باطل وهذا حكم شرعى ثابت بالنص ، ولكن بناء على تعامل الناس فى كل البلاد جوزوا الاستصناع والإجارة على خلاف القياس ، فلا يعمل بالنص إلا فيما سوى ذلك وأمثاله . أما العرف الخاص فلا يثبت به إلا حكم خاص ، مثلا سيأتى فى المادة ١٨٨ من المجلة أن البيع بشرط متعارف فى عرف البلدة صحيح والشرط معتبر ، حتى لو باع فروا بشرط أن يخيط به الظهارة صح البيع ووجب على البائع الوفاء بالشرط ، ولكن لو جرى البيع بهذا الشرط فى بلدة غير متعارف فيها البيع بذلك الشرط كان الشرط مفسداً والبيع فاسداً » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٥) .

٢ — استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ٣٧ مجلة) . فلو استعان برجل فى سوق لبيع متاعه ، وطالبه الرجل بعد البيع بأجرته ، نظر إلى تعامل أهل السوق . . فإن جرت العادة بأن من يعمل مثل هذا العمل يؤجر فله أجر مثله ، وإلا فليس له أجر . ويصح وقف المنقول إذا كان متعارفا عليه ، كوقف الكتب والنقود .

٣ — الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ٣٨ مجلة) . فلو ادعى رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر قال إنه أقرضها إياه ، حال كون المدعى لم يرث ولم يصب مالا بوجه آخر ، فلا تسمع دعواه لأنها مما يمتنع عادة فهى كالممتنع حقيقة .

٤ — الحقيقة تترك بدلالة العادة (م ٤٠ مجلة) . فالفقيه لا يطلق عند

الفقهاء إلا على المجتهد ، ولكن لو وقف رجل ماله أو أوصى به للفقهاء ، دخل فيهم المقلد لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفا ، فينصرف كلام الواقف أو الموصى إلى ماهو المتعارف فى زمنه (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٦) . وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : «الحقيقة تترك بدلالة العادة ، إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا . . حلف لا يأكل لحما ، حنث بأكل الكبد والكرش على ما فى الكنز مع أنه لا يسمى لحما عرفا . ولذا قال فى المحيط إنه إنما يحنث على عادة أهل الكوفة ، وأما فى عرفنا فلا يحنث لأنه لا يعد لحما ، انتهى وهو حسن جداً . ومن هذا وأمثاله علم أن العجمى يعتبر عرفه قطعا ، ومن هنا قال الزيلعى فى قول صاحب الكنز والواقف على السطح داخل إن المختار ألا يحنث فى العجم لأنه لا يسمى داخلا عندهم » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٩) .

٥ — إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م ٤١ مجلة) . جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى : « إنما تعتبر العادة إذا اضطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون فى اعتبارها فخلاف . قال الإمام فى باب الأصول والثمار كل مايصح فى اطراد العادة فهو الحكم ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ماتعارض الظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه فهو مثال الخلاف انتهى . وفى ذلك فروع : منها باع شيئاً وأطلق ، نزل على النقد الغالب ، فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان وإلا بطل البيع . ومنها غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه ، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق فى الأصح كالنقد . ومنها استأجر للخياطة والنسخ والكحل ، فالخيط والحبر والكحل على من ؟ خلاف ، صحح الرافعى فى الشرح الرجوع فيه الى العادة ، فإن اضطربت وجب البيان وإلا فتبطل الإجارة . ومنها البطالة فى المدارس ، سأل عنها ابن الصلاح فأجاب بأن ما وقع منها فى رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق حيث لا نص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال

فى المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلها يمنع لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجودلها قطعاً فى أكثر المدارس والأماكن ، وإذا سبق بها عرف فى بعض البلادواشتهر غير مضطرب فيجرى فيهافى ذلك البلد الخلاف فى أن العرف الخاص هل ينزل فى التأثير منزلة العرف العام ، والظاهر تنزيله فى أهله بتلك المنزلة انتهى . ومنها المدارس الموقوفة على درس الحديث ولايعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيهاعلم الحديث الذى هو معرفة المصطلح كمختصر ابن الصلاح ونحوه، أو يقرأمتن الحديثين كالبخارى ومسلم ونحوهما ويتكلم على مافى الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف كما هوعرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيخونية كما رأيته فى شرط واقفها . وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقى عن ذلك ، فأجاب بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون فى الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس فى بعض الأوقات ، بخلاف المصريين فإن العادة جرت بينهم فى هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب مايقرأ فيه من الحديث » (الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٥) .

٦ — العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م ٤٢ مجلة) . قال الأستاذ سليم باز فى شرح المجلة : « هذه المادة والتى قبلها عبارة عن شروط العادة التى تجعل حكما لإثبات حكم شرعى . فمن شروطها أن تكون غالبة مطردة . ولهذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة الخامسة عشرة ، لأنها السن الذى يبلغ الأولاد فيه غالباً ، فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لايعتد به . ولهذا أيضا قدروا مدة الحضانة بسبع سنين للصغير وتسع سنين للصغيرة ، لأنهم صرحوا بترك الغلام عند أمه حتى يستغنى عنها . . ويترك الصغيرة عند أمها حتى تصير مشتهاة . وحيث أن ذلك يتفاوت بالنظر إلى الأولاد والزمان والمكان ، فقد عينوا مدة هى الأصح فى الغالب . . . لأنه غالبا تصير الابنة مشتهاة والصغير قادراً على مفارقة أمه عند بلوغهما هذين العمرين ، ومن شذعن هذه القاعدة كان نادراً لا عبرة له ، لأن العبرة للغالب الشائع لا للنادر. ومن شروط

العادة أيضا أن تكون جارية قبل وقوع الحادثة ، فالعرف الطارىء بعد وقوعها لاعبرة له » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٧) .

٧ — المعروف عرفا كالمشروط شرطا (م٤٣ مجلة). والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م ٤٤ مجلة) . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م ٤٥ مجلة) . جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : « قال فى إجارة الظهيرية والمعروف عرفا كالمشروط شرعا انتهى . وقالوا فى الإجارات لو دفع ثوبا إلى خياط ليخيطه له أو إلى صباغ ليصبغه له ، ولم يعين له أجرة ، ثم اختلفا فى الأجر وعدمه ، وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ فيه اختلاف : قال الإمام الأعظم لا أجرة له ، وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان الصابغ حريفا له أى معاملا له فله الأجر وإلا لا ، وقال محمد رحمه الله إن كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها كان القول قوله وإلا فلا اعتبارا للظاهر المعتاد ، وقال الزيلعى والفتوى على قول محمد رحمه الله انتهى . ولا خصوصية لصابغ . بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن السكوت كالاشتراط ، ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول الحمام والدلال كما فى البزازية ، ومن هذا القبيل المعد للاستغلال كما فى الملتقط . ولذا قالوا المعروف كالمشروط ، فعلى المفتى به صارت عادته كالمشروط صريحا . . . وفى البزازية المشروط عرفا كالمشروط شرعا . منها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض هل يحرم إقراضه تنزيلا لعادته بمنزلة الشرط . . وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن آجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار إذن للمستأجر فى استعمالها فتلف ذلك وقد جرى العرف فى المطابخ بضمانها على المستأجر ، فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمانها عليه . . . ومما تفرع على أن المعروف كالمشروط لو جهز الأب بنته جهازاً ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة ، ففيه اختلاف ، والفتوى أنه إن كان العرف مستمراً أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكا لاعارية لم يقبل

قوله ، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب . . وفى الملتقط من البيوع . . أن دخول البرذعة والأكاف فى بيع الحمار مبنى على العرف ، وفيه أيضا أن حمل الأجير الأحمال إلى داخل الباب مبنى على التعارف . . رجل دفع غلامه إلى حائك مدة معلومة ليتعلم النسيج ولم يشترط الأجر على أحد ، فلما علم العمل طلب الأستاذ الأجر من المولى والمولى من الأستاذ ، ينظر إلى عرف أهل تلك البلدة فى ذلك العمل ، فإن كان العرف يشهد للأستاذ يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل على المولى ، وإن كان يشهد للمولى فأجر مثل ذلك الغلام على الأستاذ » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٩ — ص ٥٠) . وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى : « العادة المطردة فى ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ؟ فيه صور : منها لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج ، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع ! وجهان أصحهما لا وقال القفال نعم . ومنها لو عم فى الناس اعتياد إباحة الرهن للمرتهن ، فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور لا وقال القفال نعم . ومنها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض ، فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ؟ وجهان أصحهما لا . ومنها لو اعتاد بيع العينة بأن يشترى مؤجلا بأكثر مما باعه نقداً ؟ فهل يحرم ذلك ؟ وجهان أصحهما لا . . . ومنها لو دفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة ، وجرت عادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف والأصح فى المذهب لا ، واستحسن الرافعى مقابله » (الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٧ — ٦٨) . وجاء فى شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « إذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له أن يرجع به على المشترى ، لأنه جرت العادة أن السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على المشترى ، فصار كما لو أحاله البائع على المشترى ، نصا ، ولو عجز السمسار عن أخذ الثمن من المشترى لإفلاسه له أن يسترده من الآخر استحسانا . . لو اشترى شيئا من السوق بثمن معلوم ، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان

المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة أو كل شهر جميع الثمن أو بعضا معينا منه ، انصرف إليه بلا بيان ، لأنه حيث كان متعارفا عند التجار فصار كأنهما قد اتفقا عليه . . فلو استأجر حجرة فى دار إجارة مطلقة لم يقيدها بنوع من الأنواع ، كان له أن يسكنها ويضع فيها أمتعة ، وليس له استعمالها بما يخالف العادة بأن يشتغل فيها بصنعة الحدادة ونحوها ، لأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص . وكذا ليس الوكيل بالبيع ، ولو كانت وكالته مطلقة ، أن يبيع نسيئة إلى أجل بعيد غير مألوف بين الناس . . ولو لم ينهه الموكل عن ذلك ، كما ليس له أن يبيع نصف المال الذى فى تبعيضه ضرر ، لأن العرف يقتضى البيع إلى أجل مألوف كما يقتضى خلوه من ضرر يلحق الموكل كضرر الشركة فى صورة بيع البعض » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٨) .

طبيعة الالتزام :

وطبيعة الالتزام ، كما قدمنا ، تقتضى أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات . وقد أوردت المجلة قواعد كلية فى هذا المعنى ، نذكر منها :

١ — التابع تابع ، فإذا بيع حيوان فى بطنه جنين دخل الجنين فى البيع تبعا (م ٤٧ مجلة) والتابع لا يفرد بالحكم (م ٤٨ مجلة) . جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : « القاعدة الرابعة التابع تابع . تدخل فيها قواعد . الأولى أنه لا ينفرد بالحكم . ومن فروعها الحمل يدخل فى بيع الأم تبعا ولا يفرد بالبيع ، والهبة كالبيع . ومنها الشرب والطريق يدخلان فى بيع الأرض تبعا ولا يفردان بالبيع على الأظهر » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠) . وجاء فى شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « وكذا لما كانت زوائد المرهون والمغصوب تابعة لهما فى الوجود ، كانت أيضا تابعة لهما فى الحكم ، فهى من ثم ملك الراهن والمغصوب منه . . وإذا بيع التابع تبعا لمتبوعه ، فلا يقابله

شيء من الثمن . . فلو اشترى فرسا حاملا وقبل قبضها ولدت وهلك فلوها ، فلا يسقط شيء من الثمن » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٩) .

٢ — من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته ، فمن اشترى دارا ملك الطريق الموصل إليها (م ٤٩ مجلة) . قال الأستاذ سليم باز فى شرح المجلة : « وإذا اشترى قفلا دخل فيه مفتاحه ، ولو اشترى بقرة لأجل حلبها دخل رضيعها فى البيع وإن لم يذكر . . لأنه لولا ذلك لما أمكن المشترى أن ينتفع من مشريه ، إذ كيف يتأتى له دخول الدار والخروج منها إذا لم يكن لها طريق » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٤٠) .

٣ — إذا سقط الأصل سقط الفرع (م ٥٠ مجلة) . وإذا بطل الشيء بطل مافى ضمنه (م ٥٢ مجلة) . جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم . « التابع يسقط بسقوط المتبوع . . يقرب من ذلك ما قيل بسقوط الفرع إذا سقط الأصل . ومن فروعه قولهم إذا برىء الأصيل برىء الكفيل ، بخلاف العكس . وقد يثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل ، ومن فروعه لو قال لزيد على عمرو ألف وأنا ضامن به ، فأنكر عمرو ، لزم الكفيل إذا ادعاها زيد دون الأصيل كما فى الخانية . ومنها لو ادعى الزوج الخلع فأنكرت المرأة بانت ولم يثبت المال الذى هو الأصل فى الخلع » (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦١) . وقال الأستاذ سليم باز فى شرح المجلة : « فإذا فسد الصلح والبيع ، بطل ماوقع فى ضمنهما من الاقرار والابراء بين المتعاقدين . . ولو أجر الموقوف عليه أرض الوقف ولم يكن ناظرا لم يصح ، فلو أذن المستأجر فى العمارة فعمر لم يرجع على أحد وكان متطوعا ، لأنه لما بطلت الإجارة بطل ما فى ضمنها من الإذن . ويخرج من هذه القاعدة مسائل : منها لو صالح الشفيع عن حق شفعته بمال لم يصح ، ولكن كان صلحه مسقطا لحق شفعته مع أن المتضمن للأسقاط الصلح ولم يبطل ما فى ضمنه . وكذا لو باع شفعته بمال لم يصح ، وتبطل

شفعته فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن ». (شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٤١)(١) .

المطلب الثانى

إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد

القاعدة العامة والاستثناء منها :

فى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، القاعدة العامة هى أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه ، إلا ما اتفق عليه المتعاقدان . وقد يصلان فى اتفاقهما لا إلى حد تعديل العقد فحسب ، بل إلى حد التقايل منه كما سنرى. ويستثنى كذلك من وجوب تنفيذ العقد ما ورد فيه نص من بطلان وفسخ ، وقد درسنا فى نظرية البطلان متى يفسخ العقد الفاسد ، ومتى يبطل العقد الموقوف ، ومتى يرجع العاقد فى العقد غير اللازم إذا ثبت له خيار من الخيارات المعروفة .

ولا يجوز للقاضى أن يعدل العقد من غير رضاء المتعاقدين جميعا . ومع

---

(١) وقد نقل التقنين المدنى العراقى عن الفقه الاسلامى القواعد المتعلقة بتحديد نطاق العقد عن طريق العرف والعدالة وطبيعة الالتزام فى النصوص الاتية :

م ٢/١٥٠ : ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

م ١٥٦ : تترك الحقيقة بدلالة العادة .

م ١٦٣ : ١ ـ المدن عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ـ ٢ ـ والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ـ ٣ ـ والممتنع عادة كالممتنع حقيقة .

م ١٦٤ : ١ ـ العادة محكمة ، عامة كانت أو خاصة ـ ٢ ـ واستعمال الناس حجة يجب العمل بها .

م ١٦٥ : انما تعتبر العادة اذا اطردت وغلبت ، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر . انظر أيضا المواد ٤٦٩ ـ ٤٨٠ من مرشد الحيران .

ذلك يعرف الفقه الإسلامى نظرية فى فسخ العقد للعذر قريبة من نظرية الحوادث الطارئة التى درسناها فى الفقه الغربى[1] .

فنبحث : (أولا) القاعدة العامة وهى وجوب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه — (ثانيا) ثم الاستثناء وهو فسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة .

§ ١ - تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

تقسيم العقود فى الفقه الإسلامى :

قدمنا أنه لا توجد نظرية عامة للعقد فى كتب الفقه الإسلامى ، وإنما تستخلص هذه النظرية من ثنايا الأحكام يوردها الفقهاء فى مناسبة كل عقد من العقود المسماة ، وبخاصة عقد البيع . لذلك إذا أردنا أن نبحث فى الفقه الإسلامى كيف يكون تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه ، لم نجد نظرية عامة تجزىء الاشارة إليها كما وجدنا هذه النظرية فى الفقه الغربى ، بل يجب

---

(١) وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى فى المعانى المتقدمة النصوص الاتية :

م ١٤٥ : أيا كان المحل الذى يرد عليه العقد ، فان المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه .

م ١٤٦ : ١ – اذا نفذ العقد كان لازما ، ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص فى القانون أو بالتراضى – ٢ – على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

م ١٥٠ : ١ – يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية – ٢ – ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وجاء فى المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران : انما تجرى أحكام العقود فى حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما . ولا يجوز فسخ العقود اللازمة الا بتراضيهما فى الاحوال التى يجوز فيها فسخها .

أن نستعرض العقود المعروفة فى الفقه الاسلامى عقداً عقداً ، لننظر كيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها . ويحسن لهذا الغرض تقسيم هذه العقود طوائف ، تجتمع كل طائفة منها فى مقومات مشتركة .

وفى الفقه الاسلامى تقسيمات متعددة للعقود ، ومن أشهرها تقسيم العقود إلى تمليكات ووكالات وتوثيقات وإسقاطات وإطلاقات وتقييدات.

ولكن التقسيم الذى يحسن الوقوف عنده لتيسير البحث الذى نحن بصدده هو التقسيم الذى يتركز فى محل العقد ، فيدور حوله . ومحل العقد إما أن يكون عينا أو منفعة أو دينا أو عملا أو توثيقا أو وكالة . ومن ثم تنقسم العقود ، تبعا لتقسيم المحل على هذا النحو ، إلى الطوائف الآتية :

أولا . عقود تقع على الأعيان ، وذلك للتمليك بعوض كالبيع والقسمة والصلح ، أو للتمليك بغير عوض كالهبة ، أو للحفظ كالوديعة ، أو للتسليم كالبيع والايجار .

ثانيا . عقود تقع على المنافع ، وذلك للتمليك بعوض كالايجار والمزارعة والمساقاة ، أو للتمليك بغير عوض كالعارية .

ثالثا . عقود تنشىء الديون ، وذلك كالبيع ينشىء دينا بالثمن فى ذمة المشترى ، وكالايجار ينشىء دينا بالأجرة فى ذمة المستأجر وكالقرض ينشىء دينا برد مثل القرض فى ذمة المقترض .

رابعا . عقود تقع على العمل ، وذلك كعقد الاستصناع وعقد إيجار العمل سواء كان العمل عمل اجير خاص أو عمل أجير مشترك .

خامسا . عقود التوثيق ، وذلك كالكفالة والحوالة والرهن .

سادسا : عقود التوكيل ، وذلك كالوكالة والشركة والمضاربة .

آثار العقد طبقا لهذا التقسيم

ويستخلص مما قدمناه أن آثار العقد فى الفقه الاسلامى يمكن ردها إلى ما يأتى :

(ا) نقل الملك بعوض أو بغير عوض(١) .

(ب) نقل المنفعة بعوض أو بغير عوض(٢) .

(ج) ترتيب الدين فى الذمة .

(د) الالزام بعمل معين ، ويدخل فى ذلك العقود التى تقع على العمل وعقود التوكيل .

(هـ) التوثيق للديون(٣) .

(و) ونتناول بالبحث كلا من هذه الاثار .

١ — نقل الملك

النصوص وما يستخلص منها من نتائج

ورد كثير من النصوص فى مرشد الحيران فى صدد نقل العقد للملك فى الأعيان ، نختار منها ما يأتى :

م ٧٣ : يصح أن تملك الأعيان بعوض وبغير عوض ، سواء كانت عقاراً أو منقولا .

---

(١) وتنص ١٣٤ من التقنين المدنى العراقى على ان « عقـــد المعاوضة الوارد على الاعيان يقتضى ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين فى بدل ملكه ، والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للاخر .

(٢) وتنص المادة ١٤٤ من التقنين المدنى العراقى على ان « عقد المعارضة الوارد على منافع الاعيان يستوجب التزام المتصرف فىالعين بتسليمها للمنتفع ، والتزام المنتفع بتسليم بدل المنفعة لصاحب العين .

(٣) ويمكن القول بوجه عام ان العقد ينقل الملك ، ويقوم المنفعـــة ، ويرتب الدين فى الذمة ، ويلزم بالعمل ، ويوثق الديون .

م ٧٤ : ينتقل ملك العين المبيعة للمشترى بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحا باتا نافذاً لازما ، سواء كانت عقاراً أو منقولا .

م ٧٥ : للمشترى أن يتصرف فى العين المبيعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقاراً لا يخشى هلاكه ، وليس له أن يؤجرها قبل قبضها . كما أنه ليس له أن يتصرف فى المبيع قبل قبضه لا بيعا ولا إجارة إن كان منقولا .

م ٧٦ : إذا استلم المشترى العين المبيعة ، عقاراً كانت أو منقولا ، على أنها مملوكة للبائع ، فله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات . ولا يمنع تصرفه من استرداد العين لمستحقها ، إذا ظهر أنها مستحقة للغير وثبت حقه فيها .

م ٧٧ : الهبة تمليك العين بلا عوض ، وقد تكون بعوض .

م ٨٠ : لا يثبت ملك العين للموهوب له إلا إذا قبض العين الموهوبة قبضا كاملا فى محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة .

م ٨٢ : إذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له ، بطلت الهبة .

م ٨٣ : إذا مات الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة ، بطلت الهبة ولا حق لورثته فيها .

م ٤٦٣ : إذا مات المشترى مفلسا بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن ، فالبائع أسوة الغرماء ولو وجد متاعه باقيا بعينه ، فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشترى .

م ٤٦٤ : إذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفى الثمن من تركة المشترى أو يبيعه القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه . فإن زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء ، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتمامه فيكون أسوة الغرماء فيما بقى له .

م ٤٦٥ : إذا مات البائع مفلسا بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشترى ، فالمشترى أحق به من سائر الغرماء ، وله أخذه إن كانت عينه قائمة ، أو استرداد الثمن إن كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته .

م ٤٨٠ : الزوائد التى تحصل فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمار والنتاج ، تكون حقاً للمشترى .

وانظر فى عقد الصلح من حيث أن له حكم البيع المادة ١٠٣٠ مرشد الحيران ، وفى حكم المقايضة المادة ١٠٣٢ مرشد الحيران .

وتستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

أولا : أن العقد ينقل الملك بعوض أو بغير عوض ، والعقد ذاته هو الذى ينقل الملك .

ثانيا : أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد ، فلا يتأخر انتقاله إلى وقت التسليم ولو فى المنقول ، وذلك مالم يكن العقد هبة فلا يتم إلا بالقبض .

ثالثا : ويترتب على أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد أن زوائد العين التى تحصل بعد العقد وقبل القبض ، كالثمار والنتاج ، تكون لمن انتقل له ملك العين .

رابعا : ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا مات البائع مفلسا بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشترى ، فالمشترى وقد أصبح مالكا بالبيع أحق بالمبيع من سائر الغرماء . فإذا مات المشترى مفلسا قبل نقد الثمن ، فقد أصبح مع ذلك مالكا للمبيع بالبيع ، فيبقى المبيع فى التركة ، والبائع أسوة الغرماء بالثمن وليس له امتياز على المبيع . إلا أن البائع إذا كان لم يسلم المبيع ولم ينقد الثمن ، فله حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، ويبيعه القاضى وينقد الثمن للبائع .

خامسا : ومادام المشترى قد أصبح مالكا للمبيع حتى قبل القبض ، فله التصرف فيه إن كان عقاراً ، فإن كان منقولا فليس له التصرف فيه إلا بعد القبض .

ونستعرض الآن فى هذه المسائل الخمس بعض نصوص الفقه الإسلامى .

أولا — العقد ذاته ينقل الملك فى الفقه الإسلامى :

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٤٣) : « وأما بيـان صفة الحكم ، فله صفتان . . . الثانية الحلول ، وهو ثبوت الملك فى البدلين للحال ، لأنه تمليك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك فى البدلين فى الحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ، فيمنع وقوعه تمليكا للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تمليكا عنده » .

ويبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذى ينقل الملك ، وفى ذلك يختلف التصوير الفنى فى الفقه الإسلامى عنه فى الفقه اللاتينى . فى الفقه الإسلامى ينتقل الملك بالعقد . أما فى الفقه اللاتينى فالعقد ينشىء التزاما بنقل الملك ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه . فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

ثانيا — ينتقل الملك بمجرد صدور العقد إلا فى الهبة فيتوقف على القبض :

وقد رأينا من النص المتقدم الذكر أن الملك ينتقل بالعقد فى الحال ، أى بمجرد صدور العقد ، فلا يتأخر انتقال الملك إلى وقت للقبض ، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول . وهذا فى عقود المعاوضة ، كالبيع والقسمة والصلح .

أما إذا كان العقد هبة ، فلا ينفذ العقد ولا ينتقل الملك إلا بالقبض . ويجب أن يكون القبض بإذن الواهب ، لأن القبض فى الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركنا ، فيشبه القبول فى البيع ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه . ولا بد أن يتم القبض فى حياة كل من الواهب والموهوب له وإن كان فى المسألة خلاف ، فلو مات الواهب أو مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، وهذا فى مذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة .

جاء فى الهداية (فتح القدير جزء ٧ ص ١١٣ — ص ١١٧) : « والقبض لابد منه لثبوت الملك ، وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاتجوز الهبة إلا مقبوضة ، والمراد نفى الملك لأن الجواز بدونه ثابت . ولأنه عقد تبرع وفى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها . قال فإن قبضها الموهوب له فى المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً ، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب فى القبض . والقياس ألا يجوز فى الوجهين ، وهو قول الشافعى ، لأن القبض تصرف فى ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه إثبات الملك ، فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس فكذا مايلحق به . بخلاف ما إذا نهاه عن القبض فى المجلس ، لأن الدلالة لاتعمل فى مقابلة التصريح » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٤٤٧) : « ولا يملك الموهوب له الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله ، فلما حضرته الوفاة قال يابنية إن أحب الناس غنى بعدى لأنت وإن أعز الناس على فقراً بعدى لأنت ، وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالى ووددت أنك جذذته وحزته ، وإنما هو اليوم مال الوارث .. فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض . ومن أصحابنا من قال يبطل العقد بالموت لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة . والمنصوص أنه لايبطل ، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل

بالموت كالبيع بشرط الخيار . فإذا قبض ملك بالقبض ، ومن أصحابنا من قال يتبين أنه ملك بالعقد فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال وقبض بعد ما أهل إن فطرة العبد على الموهوب له ، والمذهب الأول وما قال فى زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله » .

وجاء فى المغنى (جزء ٥ ص ٥٩١ — ص ٥٩٣) : « المكيل والموزون لاتلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعى . وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد . . وقول الخرقى «لايصح» ، يحتمل أن يريد لايلزم ويحتمل ان يريد لايثبت بها الملك قبل القبض ، فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبارا لشىء فى حق حكمه ، وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه . . والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها . ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض . . وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن فى القبض أو بعده » .

أما فى مذهب مالك فتجوز الهبة دون قبض ، ويجبر الواهب على تسليم الموهوب للموهوب له . جاء فى الخرشى (جزء ٧ ص ١٠٥ — ص ١٠٦) : « الشىء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن فى ذلك ، فإن أبى الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له ، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور . . ثم إن الهبة تبطل إذا تأخر حوزها عن الواهب فى صحته حتى لحقه دين محيط بماله ، سواء كان قبل الهبة أو بعدها . . الواهب إذا وهب الهبة لشخص ثان وحازها هذا الثانى قبل الأول ، فإنها تكون للثانى لأنه تقوى جانبه بالحيازة لها ، ولا قيمة على الواهب للأول لأنه فرط فى الحوز ، وهذا هو

المشهور ، وسواء علم الأول وفرط أم لا ، مضى من الزمان مايمكنه فيه القبض ام لا . وكذلك تبطل الهبة إذا أعتق الواهب العبد قبل أن يحوزه الموهوب له ، وسواء كان العتق ناجزا أو إلى أجل أو كان تدبيرا أو كتابة ، وسواء علم المعطى بالهبة أو لم يعلم . وكذلك تبطل الهبة إذا استولد الأمة التى وهبها قبل أن يحوزها الموهوب له . . ولا قيمة . . على الواهب للموهوب له فى الفروع الثلاثة على المشهور » .

ثالثا — زوائد المبيع التى تحصل بعد العقد وقبل القبض تكون حقا للمشترى :

ولما كان المشترى يملك المبيع من وقت البيع وقبل القبض ، فإن الزوائد التى تحصل للمبيع — كالثمار والريع والنتاج — تحصل فى ملك المشترى ، فيملكها مع المبيع . واختلفت الحنفية والشافعية فى تأصيل ملكية المشترى لهذه الزوائد . فقال الحنفية إن المشترى يملكها بالبيع لأنه يملك الأصل بالبيع فملك التبع به ، وتعتبر مبيعة مع المبيع . وقال الشافعية لاتدخل فى البيع وليست بمبيعة أصلا ، وإنما يملكها المشترى بملك الأصل وهو المبيع ومن ملك الأصل ملك التبع . فالحنفية يملكون المشترى الزوائد بموجب تصرف قانونى هو العقد ، أما الشافعية فيملكونها إياه بموجب واقعة مادية هى تولد الزوائد من الأصل أو تبعيتها له . وينبنى على هذا الخلاف أن الزوائد عند الحنفية تعتبر جزءا من المبيع يجرى عليها حكمه ولها حصة من الثمن ، أما عند الشافعية فهى مستقلة عن المبيع لايجرى عليها حكمه ولا حصة لها من الثمن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) عند الحنفية يجوز للبائع أن يحبس الزوائد مع المبيع حتى يستوفى الثمن ، وعند الشافعية لايجوز .

(٢) عند الحنفية إذا أتلف البائع الزوائد سقطت حصتها من الثمن ،

وعند الشافعية يضمن البائع قيمتها للمشترى إذ لاحصة لها من الثمن .

(٣) عند الحنفية إذا وجد المشترى عيباً بالزوائد ردها بحصتها من الثمن أو بالأصل رده أيضاً بحصته من الثمن ، وعند الشافعية لايرد الزوائد بالعيب أصلا ويرد الأصل بكل الثمن .

(٤) عند الحنفية إذ أتلف المشترى الزوائد قبل القبض وجب عليه دفع حصتها من الثمن لأنه صار قابضاً لها بالإتلاف ، وعند الشافعية لاحصة لها من الثمن بحال .

(٥) عند الحنفية إذا هلك المبيع وبقيت زوائده بقى العقد فى قدر الزوائد وكانت لها حصة من الثمن ، وعند الشافعية ينفسخ العقد أصلا فى المبيع وزوائده جميعاً .

وهذا مايقوله الكاسانى فيما قدمناه : « إن زوائد المبيع مبيعة عندنا ، سواء كانت منفصلة أو متصلة ، متولدة من الأصل أو غير متولدة منه ، إلا الهبة والصدقة والكسب . وعنده (أى عند الشافعى) ليست بمبيعة أصلا ، وإنما تملك بملك الأصل لا بالبيع السابق . وجه قول الشافعى رحمه الله فى إثبات هذا الأصل أن المبيع ما أضيف إليه البيع ، ولم توجد الإضافة إلى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ، ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً . ولأن المبيع مايقابله ثمن إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن ، والزيادة لايقابلها ثمن لأن كل الثمن مقابل بالأصل ، فلم تكن مبيعة كالكسب ، ولهذا لم تجز الزيادة عنده فى المبيع والثمن . ولنا أن المبيع مايثبت فيه الحكم الأصلى للبيع ، والحكم الأصلى للبيع يثبت للزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة . وبيان ذلك أن الحكم الأصلى للبيع هو الملك ، والزوائد مملوكة بلا خلاف . والدليل على أنها مملوكة بالبيع السابق أن البيع السابق أوجب الملك فى الأصل ومتى ثبت الملك فى الأصل ثبت فى التبع ، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافا إلى البيع السابق ، فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعاً لثبوت

الحكم الأصلى فيها تبعاً . وعلى هذا الأصل مسائل بيننا وبين الشافعى رحمه الله . منها أن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الأصل عندنا ، وعنده ليس له أن يحبس الزوائد . ومنها أن البائع إذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشترى عندنا كما لو أتلف جزءا من المبيع ، وعنده لايسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو أتلفها أجنبى .. ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لايسقط شيء من الثمن بالإجماع وإن كانت مبيعة عندنا ، لأنها مبيعة تبعا بمنزلة أطراف الأم لامقصودا ، والأطراف كالأوصاف لايقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد . . ومنها أن المشترى إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا ، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، حتى لو اطلع المشترى على عيب بالأصل فإنه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا . وعنده لاحصة للزيادة من الثمن بحال ، وعند ظهور العيب بالأصل يرد بكل الثمن ولا يكون بأزاء الزيادة شيء . وكذا إذا وجد بالزيادة عيباً يردها بحصتها من الثمن ، وعنده لايردها بالعيب أصلا. وكذا المشترى إذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لأنه صار قابضا له بالإتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ماذكرنا، وعنده لاحصة لها من الثمن بحال . ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة ، يبقى العقد فى قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن ، فينقسم الثمن على الأصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك ، فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الأصل ويبقى بحصة الزيادة . بخلاف ما إذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ العقد أصلا ورأسا ويسقط كل الثمن ، لأن هناك لا فائدة فى بقاء العقد إذ لو بقى لطلب البائع من المشترى الثمن ليطلب المشترى منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فائدة البقاء ، وإذا بقيت الزيادة كان فى بقاء العقد فى الزيادة فائدة لإمكان تسليمها فبقى العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الأصل والزيادة على ماذكرنا . وعنده إذا هلك الأصل ، انفسخ العقد أصلا ورأسا ، (البدائع ٥ ص ٢٥٦) .

رابعا : إذا تسلم المشترى المبيع وأفلس البائع أو المشترى بقى الملك للمشترى ، أما إذا لم يتسلم المشترى المبيع وأفلس فللبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن :

ولما كانت ملكية المبيع تنتقل إلى المشترى بالعقد ، فإنه إذا أفلس المشترى قبل أن ينقد البائع الثمن ، بقى المبيع على ملكه بالرغم من الإفلاس . ولكن إذا كان البائع لم يسلم المبيع إلى المشترى ، فله حق حبسه حتى يستوفى الثمن كاملا ، أو يبيع القاضى المبيع ويستوفى البائع منه الثمن ، فإن فضل شىء كان لغرماء المشترى، وإن بقى للبائع شىء من الثمن كان أسوة غرماء المشترى فيه.

فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشترى ، فهل يستطيع أن يسترد عين المبيع من مال المشترى المفلس ويكون ذلك عن طريق فسخ البيع واسترداد المبيع ؟ قدمنا فى الجزء الخامس (ص١٤٤ و ص١٥٥ و ص١٦٦ و ص ١٧١) أن المالكية والشافعية والحنابلة يذهبون إلى هذا الرأى ، أما الحنفية (الجزء الخامس ص ١٢٩) فلا يجيزون للبائع فسخ البيع لاسترداد المبيع ، بل يبقى المشترى مالكا للمبيع ، ويطالبه البائع بالثمن فيكون أسوة غرماء المشترى فيه.

أما إذا كان البائع هو الذى أفلس بعد البيع ، فإن المشترى وقد أصبح مالكا للمبيع يستطيع أن يطالب البائع بتسليم عين المبيع دون اعتداد بإفلاس البائع مادام قد نقده الثمن .

وقد سبق إيراد النصوص الفقهية فى هذا الصدد (أنظر الجزء الخامس) ، ونضيف هنا ماجاء فى البدائع : « ومنها ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن .. ثم الكلام فى هذا الحكم فى موضعين ، أحدهما فى بيان شروط ثبوت هذا الحكم والثانى فى بيان مايبطل به بعد ثبوته . أما شرط ثبوته فشيئان . أحدهما أن يكون أحد البدلين عينا والآخر دينا ، فإن كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معاً لما ذكرنا فيما تقدم . والثانى أن يكون

الثمن حالا ، فإن كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس ، لأن ولاية الحبس تثبت حقاً للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا ، ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق حبسه فبطلت الولاية . . وأما بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته . . إذا أخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس ، لأنه أخر حق نفسه فى قبض الثمن فلا يتأخر حق المشترى فى قبض المبيع . وكذا المشترى إذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس . . ولو أعار البائع المبيع للمشترى أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده فى ظاهر الرواية، وروى عن أبى يوسف أنه لا يبطل وللبائع أن يسترده . . ولو قبض المشترى المبيع بإذن البائع ، بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض . ولو قبض بغير إذنه ، لم يبطل وله أن يسترده ، لأن حق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه . . ولو قبض المشترى المبيع بإذن البائع ، ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيئا ، وعليه ديون لأناس شتى، هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء ؟ اختلف فيه : قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه ، فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص . وقال الشافعى رحمه الله البائع أحق به . وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات ، فإن كان الثمن مؤجلا فهو على هذا الاختلاف ، وإن كان حالا فالبائع أحق به بالإجماع » (البدائع ٥ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٢) .

ويخلص مما قدمناه أن البيع ينقل الملك إلى المشترى . والقبض بإذن البائع يزيد نقل الملك تأكيداً ، إذ أنه يسقط حق الحبس وحق الامتياز معاً إذا كان الثمن حالا لم يدفع ومع ذلك أذن البائع المشترى فى قبض المبيع. وسنرى فيما يلى أن للقبض أثراً آخر فى إطلاق يد المشترى فى التصرف فى المبيع.

خامسا — تصرف المشترى فى المبيع :

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشترى بالبيع أن يملك التصرف فى المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض .

وهذا هو مذهب مالك ، فيجوز للمشترى أن يتصرف فى المبيع قبل بيعه ، سواء كان عقاراً أو منقولا إلا الطعام ففيه خلاف لربويته . جاء فى بداية المجتهد لابن رشد : «وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض ، فلا خلاف فى مذهب مالك فى إجازته . وأما الطعام الربوى ، فلا خلاف فى مذهبه أن القبض شرط فى بيعه . وأما غير الربوى من الطعام ، فعنه فى ذلك روايتان : إحداهما المنع وهى الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن ، والرواية الأخرى الجواز» (بداية المجتهد ، ص ١٣٥) .

أما عند الشافعية والحنابلة ، فلا يجوز للمشترى أن يتصرف فى المبيع قبل قبضه ، سواء كان منقولا أو عقارا . ويذكرون لتعليل ذلك أسبابا مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشترى لايتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشترى أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون فى ضمان البائع لا فى ضمان المشترى ، ولا يجوز للمشترى أن يبيع ماليس فى ضمانه . ومنها أن المشترى الذى يبيع مالم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . جاء فى الأم للشافعى : «قال الشافعى أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه . وقال ابن عباس : أما الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الطعام أن يباع حتى يكتال . وقال ابن عباس برأيه : ولا أحسب كل شىء إلا مثله . قال الشافعى : وإذا نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يقبض ، لأن ضمانه من البائع ، ولم يتكامل للمشترى فيه تمام ملك فيجوز به البيع . كذلك قسنا عليه بيع العروض قبل القبض ، لأنه بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن . . . ومن ورث طعاما كان له بيعه قبل أن يقبضه ، لأنه غير مضمون على غيره» (الأم جزء ٢ ص ١٨٠ فى الهامش) .

وجاء أيضاً فى الأم فى موضع آخر : « أما الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع حتى يقبض : الطعام . قال ابن عباس برأيه : ولا أحسب كل شىء إلا مثله . قال الشافعى : وبهذا نأخذ . فمن ابتاع شيئاً ، كائنا ما كان ، فليس له أن يبيعه حتى يقبضه ، وذلك أن من باع ما لم يقبض فقد دخل فى المعنى الذى يروى بعض الناس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لعتاب بن أسيد حين وجهه إلى أهل مكة : أنههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا . قال الشافعى : هذا بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن ، وهذا المقياس على حديث النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يقبض . (الأم جزء ٣ ص ٦٠) . وجاء فى فتاوى ابن تيمية : « ويملك المشترى المبيع بالعقد ، ويصح عتقه قبل القبض إجماعا فيهما . ومن اشترى شيئا لم يبعه قبل قبضه ، سواء المكيل والموزون وغيرهما ، وهو رواية عن أحمد اختارها ابن عقيل ومذهب الشافعى وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما . وسواء كان المبيع من ضمان المشترى أولا ، وعلى ذلك تدل أصول أحمد . . . وعلة النهى عن البيع قبل القبض ليست توالى الضمانين ، بل عجز المشترى عن تسليمه ، لأن البائع قد يسلمه وقد لا يسلمه ، لاسيما إذا رأى المشترى قد ربح ، فيسعى فى رد البيع إما بجحد أو باحتيال فى الفسخ ، وعلى هذه العلة تجوز التولية فى المبيع قبل قبضه ، وهو مخرج من جواز بيع الدين ، ويجوز التصرف فيه بغير البيع ، ويجوز بيعه لبائعه ، والشركة فيه ، وكل مالك بعقد سوى البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالبيع وغيره لعدم قصد الربح . وإذا تعين ملك إنسان فى موروث أو وصية أو غنيمة ، لم يعتبر لصحة تصرفه قبضه بلا خلاف » (فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ — ص ٧٥) .

وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشترى التصرف فى المنقول قبل قبضه ، إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع لذلك ويؤدى إلى الضرر بالمشترى الجديد . ولكن يجوز للمشترى أن يهب المنقول قبل القبض أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع عند محمد وهو الأصح ، خلافا لأبى يوسف ، ويقوم قبض

الموهوب له أو المقترض أو المرتهن حينئذ مقام قبض المشترى . وإذا كان المبيع غير المقبوض عقاراً ، جاز للمشترى التصرف فيه بالبيع والهبة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن هلاك العقار غير محتمل . وقال محمد لا يصح التصرف أيضا فى العقار قبل قبضه بالبيع دون الهبة ، لورود الحديث بالنهى عن ذلك من غير تمييز بين عقار ومنقول ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه . جاء فى مختصر الطحاوى : « ولا يجوز بيع ما لم يقبض من الأشياء المبيعات ، إلا العقار فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يجيز بيعه قبل قبضه . وأما أبو يوسف ومحمد رضى الله عنهما ، فكانا لا يجيزان بيع ذلك أيضا حتى يقبض ، وبه نأخذ . ثم رجع أبو يوسف عن ذلك إلى قول أبي حنيفة . ولا يجوز لمن اشترى شيئا كيلا ، وإن قبضه ، أن يبيعه حتى يكتاله ، وكذلك حتى يتزنه إن كان اشتراه وزنا ، وكذلك حتى يعده إن كان اشتراه عدداً ، ولا بأس ان يبيعه قبل أن يذرع إن كان اشتراه مذارعة . وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضى الله عنهم ، وبه نأخذ . غير أن أبا يوسف قد قال بأخرة فى المعدود : له أن يبيعه قبل أن يعده وإن كان قد قبضه ، وقد روى ذلك أيضا عن محمد بن الحسن » (مختصر الطحاوى ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ويخلص ما تقدم أن الملك ينتقل بالعقد ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً فهو الذى يطلق يد المشترى فى التصرف فى أكثر المذاهب على ما رأينا .

(ب) نقل المنفعة

النصوص وما يستخلص منها من نتائج :

ورد هنا أيضا فى مرشد الحيران كثير من النصوص ، نختار منها ما يأتى :

م ٣٠٨ : عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية ، مستوفيا شرائط الصحة والنفاذ ، يستوجب التزام المتصرف فى العين بتسليمها للمنتفع ، والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين .

م ٥٧٧ : عقد الإجارة هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة فى الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة .

م ٥٨٩ : من استأجر دابة للحمل فله أن يركبها ، وإن استأجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها ، وإن حمل فلا أجر عليه .

م ٥٩٥ : من استحق منفعة مقدرة بالعقد ، فله أن يستوفى مثلها أو دونها ، لا أكثر منها . فمن استأجر دابة للحمل وبين نوع مايحمله وقدره وزنا ، فله أن يحملها حملا مساوياً له فى الوزن أو حملا أخف منه وزنا لا أكثر منه .

م ٦٣٧ : لا يجوز المؤجر أن يتعرض للمستأجر فى استيفائه المنفعة مدة الإجارة ، ولا أن يحدث فى العين المؤجرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقودة عليها .

م ٦٥٤ : يجب على المستأجر أن يعتنى بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه ، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييراً بدون إذن مالكها .

م ٦٥٨ : إذا انتهت مدة الإجارة ، وجب على المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة ، ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية .

م ٦٦١ : من سكن فى دار غيره إبتداء من غير عقد ، وكانت الدار معدة للاستغلال أو وقفا أو ليتيم ، يجب عليه أجر المثل . وإن لم تكن كذلك فلا أجر عليه ، إلا إذا تقاضاه صاحب الدار الأجرة وسكن فيها بعد ماتقاضاه وكان مقراً له بالملك ولم يصرح بنفى الرضا بالأجر .

م ٦٦٢ : إذا سكن أحد دار الغير بتأويل عقد كالمرتهن إذا سكن بيت الرهن ثم ظهر أنه للغير ، أو سكنها بتأويل ملك كبيت مشترك سكنه أحد الشركاء ، فلا يجب الأجر على الساكن وإن كان ذلك معداً للاستغلال ، ما لم يكن وقفا أو ليتيم .

م ٦٦٣ : بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر ، فإن أجازه جاز ، وإن لم يجزه يبق موقوفا إلى أن يسقط حق المستأجر .

م ١/٦٦٧ : تفسخ الإجارة بعذر لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة ، سواء ثبت الدين ببينة أو بإقرار المؤجر ، ويتوقف انفساخها على قضاء القاضى بنفاذ البيع لذلك فى الصورتين .

م ٦٦٨ : تصح إجارة الأرض للزراعة ، مع بيان مايزرع فيها أو تخيير المستأجر بأن يزرع مابداله فيها .

م ٦٧٤ : إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها ، أوانقطع الماء عنها فلم يمكن ريها ، فلا تجب الأجرة أصلا ، وللمستأجر فسخ الإجارة .

م ٦٧٥ : إذا زرع الأرض المؤجرة فأصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصته ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع ، وسقط حصة مابقى من المدة بعد هلاكه ، إلا إذا كان متمكنا من زراعة مثل الأول أو دونه فى الضرر فيجب حصة مابقى من المدة أيضا .

م ٧٧٧ : إذا أطلق المعير للمستعير الانتفاع فى الوقت والمكان ونوع الاستعمال ، جاز له أن ينتفع بالعارية فى أى وقت وفى أى مكان وبأى استعمال أراد بشرط ألا يتجاوز المعهود والمعروف ، فإن تجاوزه وهلكت العارية ضمنها .

م ٧٨٤ : لايجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها ، إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير . فإن آجرها بلا إذنه فهلكت فى يد المستأجر ، فللمعير الخيار إن شاء ضمن المستعير وإن شاء ضمن المستأجر ، فإن ضمن المستعير فلا رجوع للمستعير على أحد بما ضمنه ، وإن ضمن المستأجر فله الرجوع على المستعير إذا لم يعلم وقت الإجارة أنها عارية فى يده . وإن رهنها وهلك الرهن المستعار فى يد المرتهن ، وضمن المعير المستعير ، يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن .

م ٧٨٥ : للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها فى أى وقت شاء ، ولو كانت موقتة أو كان فى استردادها ضرر إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزرع أو كان قريب الزوال فليس للمعير الاسترداد وتبقى العين فى يد المستعير بأجر المثل حتى يزول الضرر .

م ٧٨٩ : العارية لا تضمن بالهلاك من غير عقد ، ويبطل اشتراط ضمانها فى العقد . وإنما تضمن بتعدى المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله فى المحافظة عليها .

ونستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

١ ـــ الأصل فى منفعة العين أنها معدومة وقت التعاقد عليها ، فالتعامل فيها تعامل فى شىء معدوم ، فهو باطل فى القياس وإنما أجيز استحسانا .

٢ ـــ المنفعة التى تنتقل بالعقد يجب أن تكون منفعة مقصودة من العين فى الشرع ونظر العقلاء . وتختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها . ويستوفى المنتفع المنفعة المقدرة لا أكثر .

٣ ـــ يستوفى المنتفع منفعة العين بعد تسلمها من المالك، ويباشر الاستغناء بنفسه . وأهم واجب عليه هو العناية بالعين المنتفع بها وردها إلى المالك عند نهاية الانتفاع ، وأهم واجب على المالك ألا يتعرض للمنتفع فى انتفاعه وأن يضمن له العيوب والهلاك وألا يتصرف فى العين ما دام حق المنتفع متعلقا بها ، إلا أن العقد ينفسخ بالعذر ، وبموت المنتفع . والعين المنتفع بها أمانة فى يد المنتفع ، فهلاكها على المالك .

٤ ـــ المنفعة لا تتقوم إلا بالعقد .

٥ ـــ فإذا كانت المنفعة بغير عوض ، كما فى العارية ، فتتميز فى أن تصرفات المستعير تكون أكثر تقيداً ، وفى أن العين يجوز للمالك استردادها فى أى وقت .

فنستعرض إذن فى نصوص الفقه الإسلامى المسائل الخمس الآتية :

أولا ـ تكييف المنفعة من حيث أنها مال يجوز التعامل فيه . ثانيا ـ اختلاف المنافع باختلاف الأعيان . ثالثاً ـ كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المالك . رابعاً ـ المنفعة لاتتقوم إلا بالعقد . خامساً ـ خصائص المنفعة بغير عوض .

تكييف المنفعة من حيث أنها مال يجوز التعامل فيه :

يبدو أن الفقه الإسلامى يعتبر المنفعة فى المال أقرب إلى أن تكون حقاً عينيا ، سواء فى ذلك حق المنتفع (usufruitier) أو حق المستأجر . أما فى الفقه الغربى فقد تكون المنفعة حقا عينيا كحق الانتفاع (usufruit) ، وقد تكون حقا شخصيا كحق المستأجر . وحق المستأجر فى الفقه الإسلامى يماثل ، من حيث تقييد تصرفات المالك ، حق المرتهن ، فكلا الحقين يجعل تصرف المالك موقوفا .

ثم إن هناك فرقا آخر فى خصوص المنفعة بين الفقهين . ففى الفقه الغربى التعامل فى المنفعة ، سـواء اعتبرت حقا عينيا ، أو حقا شخصيا ، يرد على مقتضى الأصل ولو كانت أموالا مستقبلة ؟ فالتعامل فى الشىء المستقبل صحيح فى الفقه الغربى كما رأينا . أما فى الفقه الإسلامى ، فالتعامل فى المنفعة باعتبارها شيئا مستقبلا يتجدد لحظة فلحظة ، غير جائز فى أصل القياس وإنما يجوز على سبيل الاستحسان .

وقد جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٧٣ ـــ ص ١٧٤) : « الإجارة جائزة عند عامة العلماء ؟ وقال أبو بكر الأصم إنها لا تجوز . والقياس ما قاله ، لأن الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع للحال معدومة ، والمعدوم لايحتمل البيع . فلاتجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ فى المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ فى المستقبل، فإذن لاسبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المـال ، فلا جواز لها رأسا . لكنا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع ... وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضى الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير ، فلا يعبأ بخلافه إذ هو

خلاف الإجماع . وبه تبين أن القياس متروك لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد ، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة ، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها ، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والإعارة لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الإجارة ، فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه . وتحقيقه أن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها ، فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع ، وشرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة . وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة ، فلو لم يشرع الإجارة مع مساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع » .

ويعترض ابن القيم على أن الإجارة جاءت على خلاف القياس . ويذهب إلى أنه يجب التمييز بين ما يمكن إيراد العقد عليه فى حال وجوده وحال عدمه كالأعيان فنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد ، وبين ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا فى حال عدمه كالمنافع فيجوز التعامل فيه قياسا لا استحسانا لأن طبيعته تقتضى ذلك . وهذا هو مايقول : « وأما الإجارة فالذين قالوا هى على خلاف القياس قالوا هى بيع معدوم ، لأن المنافع معدومة حين العقد . . . فقولهم إن الأجارة بيع معدوم وبيع المعدوم باطل دليل مبنى على مقدمتين مجملتين غير مفصلتين قد اختلط فى كل منهما الخطأ بالصواب . فأما المقدمة الأولى وهى كون الإجارة بيعا ، إن أردتم به البيع الخاص الذى يكون العقد فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل ، وإن أردتم به البيع العام الذى هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة فالمقدمة الثانية باطلة . فإن بيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع ، ومن سلم بطلان بيع المعدوم فإنما يسلمه فى الأعيان . ولما كان لفظ البيع يحتمل هذا وهذا ، تنازع الفقهاء فى الإجارة هل تنعقد بلفظ البيع على وجهين . والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما ، وهذا حكم

شامل لجميع العقود . . . والمقصود أن قوله إن الإجارة نوع من البيع إن أراد به البيع الخاص فباطل ، وإن أراد به البيع العام فصحيح . ولكن قوله إن هنا البيع لا يرد على معدوم دعوى باطلة ، فإن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم ، فإن قستم بيع المنافع على بيع الأعيان فهذا قياس فى غاية الفساد . فإن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها فى حال وجودها البتة ، بخلاف الأعيان . وقد فرق بينهما الحس والشارع ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أن يؤخر العقد على الأعيان التى لم تخلق إلى أن تخلق ، كما نهى عن بيع السنين وحبل الحبلة والثمر قبل أن يبدو صلاحه والحب حتى يشتد ونهى عن الملاقيح والمضامين ونحو ذلك . وهذا يمتنع مثله فى المنافع ، فإنه لا يمكن أن تباع إلا فى حال عدمها . فههنا أمران أحدهما يمكن إيراد العقد عليه فى حال وجوده وحال عدمه ، فنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد ، وجوز منه بيع ما لم يوجد تبعا لما وجد إذا دعت الحاجة إليه ، وبدون الحاجة لم يجوزه . والثانى ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا فى حال عدمه كالمنافع ، فهذا جوز العقد عليه ولم يمنع منه . فإن قلت أنا أقيس أحد النوعين على الآخر وأجعل العلة مجرد كونه معدوما ، قيل هذا قياس فاسد لأنه يتضمن التسوية بين المختلفين . وقولك إن العلة مجرد كونه معدوما دعوى بغير دليل بل دعوى باطلة ، فلم لا يجوز أن تكون العلة فى الأصل كونه معدوما يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده ؟ وعلى هذا التقرير فالعلة مقيدة بعدم خاص ، وأنت لم تبين أن العلة فى الأصل مجرد كونه معدوما ، فقياسك فاسد . وهذا كاف فى بيان فساده بالمطالبة ، ونحن نبين فساده فى نفسه فنقول : ماذكرناه علة منتقضة . فإنك إذا عللت بمجرد العدم ، ورد عليك النقض بالمنافع كلها وبكثير من الأعيان ، وأما علتنا به لا تنتقض . وأيضا فالقياس المحض وقواعد الشريعة وأصولها ومناسبتها تشهد لهذه العلة ، فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان فى بيعه حالة العدم مخاطرة وقمار . . وأما ماليس له إلا حال واحد والغالب فيه السلامة ، فليس العقد عليه مخاطرة ولا قمارا ، وإن كان فيه مخاطرة يسيرة

فالحاجة داعيه إليه ، (إعلام الموقعين جزء أول ص ٣٥٢ — ص ٣٥٦) .

على أن ابن القيم يرى ، فوق ذلك أن عدم جواز بيع المعدوم فى الأعيان لم يرد ، فى كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فى كلام أحد من الصحابة . . لا بلفظ عام ولا بمعنى عام . وإنما فى السنة النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة . فليست العلة فى المنع لا العدم ولا الوجود ، بل الذى وردت به السنة النهى عن بيع الغرر ، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوما ، (إعلام الموقعين جزء أول ص ٣٥٧ - ٣٥٨)

ثانيا — اختلاف المنافع باختلاف الأعيان :

وتختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها . فمنفعة الدار غير منفعة الحانوت أو الأرض الزراعية أو أرض البناء ، وغير منفعة الزرع والأشجار ، وغير منفعة الدواب ، وغير منفعة العبيد ، وغير منفعة الآدمى سواء كان أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركا . وكل هذه المنافع يرد عليها العقد ، فينقلها من المالك إلى المنتفع .

وقد جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٧٤ — ص ١٧٥) فى هذا المعنى : « وسواء أضيف إلى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والأوانى والظروف ونحو ذلك ، أو إلى الصناع من القصار والخياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء وغيرهم . والأجير قد يكون خاصا وهو الذى يعمل لواحد وهو المسمى بأجير الوحد ، وقد يكون مشتركا وهو الذى يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالأجير المشترك . وذكر بعض المشايخ أن الأجارة نوعان ، إجارة على المنافع وإجارة على الأعمال ، وفسروا النوعين بما ذكرنا وجعلوا المعقود عليه فى أحد النوعين المنفعة وفى الآخر العمل . وهى فى الحقيقة نوع واحد لأنها بيع المنفعة ، فكان المعقود عليه المنفعة فى النوعين جميعاً ، إلا أن

المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة ، فيختلف استيفاؤها باختلاف منافع المنازل بالسكنى والأراضى بالزراعة والثياب والحلى باللبس وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والأوانى والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما . وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء ، كما فى أجير الوحد ، حتى لو سلم نفسه فى المدة ولم يعمل يستحق الأجر » .

ثالثا — كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المنتفع وواجبات المالك :

يستوفى المنتفع المنفعة ، وقد أصبح مالكا لها ، بحسب طبيعة العين وما أعدت له ، ويستوفيها بنفسه أو بغيره كمستأجر أو مستعير . فإن كانت العين داراً ، فله أن يسكن فيها نفسه ومع غيره ، وله أن يسكن فيها غيره بالإجارة والإعارة . وله أن يضع فيها متاعاً وغيره ، غير أنه لايجعل فيها حدادا ولا قصاراً ولا طحاناً ولا مايضر البناء ويوهنه ، لأن ذلك إتلاف العين ولم يدخل تحت العقد ، إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين ، ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد . والحانوت الذى يكون فى صف البزازين لايؤجر لعمل الحداد والقصار والطحان ، فلا ينصرف مطلق القصد إليه ، إذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره فى العقد إلا بالتسمية أو الرضا . حتى لو أجر حانوتاً فى صف الحدادين إلى حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة . وإنما كان له أن يؤجر من غيره ويعير لأنه ملك المنفعة ، فكان له أن يؤجر من غيره بعوض أو بغير عوض . وأما فى إجارة الأرض ، فلابد فيها من بيان ماتستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك ، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة ، إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء . وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان مايزرع فيها ، أو يجعل له أن يزرع فيها مايشاء ، وإلا فلا يجوز العقد . لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء

والغرس والزراعة ، وكذا المزروع يختلف منه مايفسد الأرض ومنه مايصلحها ، فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة ، فلابد من البيان ، بخلاف السكنى فإنها لاتختلف . وأما فى إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين المدة أو المكان ، فإن لم يبين أحدهما فسدت ، لأن ترك البيان يفضى إلى المنازعة . ولا بد من بيان العمل فى استئجار الصناع والعمال ، وبيان المصنوع فى الأجير المشترك وبيان المدة فى الأجير الخاص .

ويجب على المالك أن يضمن سلامة المستأجر من حدوث عيب يخل بالانتفاع به ، بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض فليس للمشترى أن يرده ، لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئا ، فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدا فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث قبل القبض . ولا يجوز للمالك أن يتصرف فى العين المنتفع بها ، ويكون التصرف موقوفا لحق صاحب المنفعة .

ويجب على المنتفع أن يرد العين إلى المالك بعد استيفاء المنفعة ، ولكن قبض العين بعد الانتفاع بها على المؤجر لاعلى المستأجر ، حتى لو استأجر دابة ليركبها فى حوائجه فى المصر وقتا معلوما فمضى الوقت ، فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضى بها إليه ، وعلى الذى آجرها أن يقبضها من منزل المستأجر وهذا بخلاف المستعار ، فإن رده على المستعير لأن نفعه له على الخلوص ، ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤونة الرد .

والعين المنتفع بها أمانة فى يد المنتفع ، فإذا هلكت بغير عمد أو تعد كان هلاكها على المالك .

ويبين الكاسانى كيف يثبت ملك المستأجر فى المنفعة وملك المؤجر فى الأجرة على النحو الآتى : « وأما حكم الإجارة . . فهو ثبوت الملك فى المنفعة للمستأجر وثبوت الملك فى الأجرة المسماة للآجر ، لأنها عقد معاوضة إذ هى بيع المنفعة ، والبيع عقد معاوضة فيقتضى ثبوت الملك فى العوضين . وأما

وقت ثبوته فالعقد لايخلو إما إن كان عقداً مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، وإما إن شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها . فإن عقد مطلقاً ، فالحكم يثبت فى العوضين فى وقت واحد ، فيثبت الملك للمؤاجر فى الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر فى المنفعة ، وهذا قول أصحابنا . وقال الشافعى حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك فى العوضين عقيب العقد بلا فصل . وأما كيفية ثبوت حكم العقد ، فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً ، وعنده تجعل المدة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم فيها فى الحال . وعلى هذا ينبنى أن الأجرة لاتملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك . وجه قوله أن الإجارة عقد معاوضة ، وقد وجدت مطلقة ، والمعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك فى العوضين عقيب العقد كالبيع . إلا أن الملك لابد له من محل يثبت فيه منافع المدة معلومة فى الحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد ، وقد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها فى أحد العوضين لايثبت فى العوض الآخر ، إذ لو ثبت لايكون معاوضة حقيقة لأنه لايقابله عوض ، ولأن المساواة فى العقود المطلقة مطلوب العاقدين ، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك فى أحد العوضين ، والملك لم يثبت فى أحد العوضين وهو منافع المدة لأنها غير معلومة حقيقة ، فلا تثبت فى الأجرة فى الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة . . . فالحاصل أن الأجرة لاتملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة ، أحدها شرط التعجيل فى نفس العقد ، والثانى التعجيل من غير شرط ، والثالث استيفاء المعقود عليه . أما ملكها بشرط التعجيل ، فلأن ثبوت الملك فى العوضين فى زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التى هى مطلوب العاقدين ، ومعنى المعاوضة والمساواة لايتحقق إلا فى ثبوت الملك فيهما فى زمان واحد . فإذا شرط التعجيل ، فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل ، فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم

المسلمون عند شروطهم ، فيثبت الملك فى العوض قبل ثبوته فى المعوض ، ولهذا صح التعجيل فى ثمن المبيع وإن كان إطلاق العقد يقتضى الحلول ، كذا هذا . وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجرة . . .
وأما إذا عجل الأجرة من غير شرط ، فلانه لما عجل الأجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية ، لأن التأخير ثبت حقا له فيملك إبطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ، ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة فالاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت . وأما إذا استوفى المعقود عليه ، فلأنه يملك المعوض فيمتلك المؤاجر العوض فى مقابلته ، تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين فى حكم العقد المطلق (البدائع جزء ٤ ص ٢٠١ وما بعدها) .

رابعا — العقد يقوم المنفعة :

الأصل فى المنفعة فى المذهب الحنفى أنها ليست مالا متقوما فى ذاته ، فلا يجب التعويض عن المنفعة . فلو غصب شخص داراً وانتفع بها مدة من الزمن ، فإنه يجبر على ردها إلى صاحبها ولكن لا يدفع تعويضا عن المدة التى انتفع فيها بالدار . وإذا رد المشترى داراً بالعيب على البائع ، فإنه يسترد الثمن وليس عليه شىء فى مقابل انتفاعه بالدار .

ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار ، فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة ، لا بحكم الضمان بل بحكم العقد الذى قومها . وهذه النظرة الضيقة إلى المنفعة وكونها ليست مالا فى ذاتها وأن العقد هو الذى يقومها أخذت تتسع شيئا فشيئا فى الفقه الإسلامى ، فجعلت منافع العين إذا كانت وقفا أو مملوكة ليتيم مضمونة ولو بغير العقد ، وكذلك العين المعدة للاستغلال إذا لم يكن الانتفاع بها بتأويل ملك أو عقد . وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا عن الكلام فى فكرة الضرر والتعويض عنه فى الفقه الإسلامى .

خامسا — خصائص المنفعة بغير عوض :

إذا كانت المنفعة بغير عوض ، كانت لها خصائص تميزها عن المنفعة بعوض ، ونذكر من هذه الخصائص ثلاثا :

١ — تكون المنفعة شخصية للمنتفع ، فلا يجوز له النزول عنها لغيره لا بإجارة ولا بإعارة . ومن ثم لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يعيرها لغيره . ولا يجوز له كذلك أن يرهنها إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير . وهذا بخلاف ما إذا كانت المنفعة بعوض ، فقد رأينا أن للمنتفع أن يستوفيها بنفسه أو بغيره ، فله أن يسكن الدار غيره بالإجارة والإعارة .

٢ — تكون المنفعة بغير عوض قابلة للانتقاض فى أى وقت ، حتى لو كانت لها مدة محدودة . فيجوز للمالك أن يسترد العين المنتفع بها من تحت يد المنتفع حتى قبل انقضاء المدة . ومن ثم يجوز المعير أن يرجع فى العارية فى أى وقت شاء ولو قبل انقضاء مدتها ، وأن يسترد العارية من المستعير ولو كان فى استردادها ضرر على المستعير . فإذا كان لزوال الضرر نهاية معلومة كما لو زرع المستعير الأرض المستعارة ، فليس للمعير استرداد الأرض قبل نهاية الزرع ، على أن يدفع المستعير أجر المثل من وقت انقضاء العارية إلى وقت رد الأرض . أما فى المنفعة بعوض ، فإنه إذا حددت لها مدة لم يستطع المالك استرداد العين المنتفع بها قبل انقضاء هذه المدة .

٣ — قدمنا أنه فى المنفعة بغير عوض يكون رد العين المنتفع بها على المنتفع لأن نفعها له على الخلوص ، ولهذا كانت نفقتها عليه ، فكذا مؤونة الرد . أما فى المنفعة بعوض فاسترداد العين ونفقتها على المالك لا على المنتفع ، وليس على المستأجر تسليم العين إلى الموجر بل على المؤجر أن يقبضها من تحت يد المستأجر .

ج . ترتيب الدين فى الذمة

ما يستخلص من النتائج فى ترتيب الدين فى الذمة :

يخلص من النصوص الفقهية أن العقد قد يرتب دينا فى الذمة . ومن أمثلة الدين الذى يترتب فى الذمة ثمن المبيع أو أجرة العين المؤجرة أو رد القرض ويتصل بفكرة الدين فكرة الضمان ، كضمان الاستحقاق وضمان العيب .

فنبحث هنا المسائل الآتية : أولا — تحديد معنى الدين الذى يترتب فى الذمة . ثانيا — ترتيب العقد لثمن المبيع دينا فى ذمة المشترى . ثالثا — ترتيب العقد لأجرة العين المؤجرة دينا فى ذمة المستأجر . رابعا — ترتيب العقد رد مثل المال المقترض دينا فى ذمة المقترض . خامسا — ترتيب العقد للضمان .

أولا : تحديد معنى الدين الذى يترتب فى الذمة :

ذكرنا فى الجزء الأول من مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (ص ١٠ — ص ١١) أن الدين فى الفقه الإسلامى هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية . وقلنا أيضا (ص ١١) إن الذى يقابل الالتزام بالدين فى الفقه الإسلامى هو الالتزام بالعين ، والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان . وقررنا أخيراً (ص ١٤ — ص ٢٠) أن التمييز بين الدين والعين فى الفقه الاسلامى هو غير التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الغربى . فالدين ليس كل الحق الشخصى ، بل هو صورة من صوره . والعين تستغرق الحق العينى ، وتضم بعضا من الحق الشخصى هو الالتزام بالعين . ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصى ، والعين أوسع من الحق العينى . والتمييز بين الدين والعين هو

التمييز البارز فى الفقه الإسلامى ، ويقوم هذا التمييز على أساس الذمة . فيقال إن الدين يتعلق بذمة المدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة بل يكون الحق — عينيا كان أو شخصيا — متعلقا بالعين ذاتها . فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذى يقوم عليه التمييز بين الدين والعين . ولما وضعت نظرية الذمة فى الفقه الإسلامى ، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية . فوجدوا أن الحق العينى والالتزام بالعين ينصبان على عين معينة بالذات ، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فمحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، فتعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات ، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة . ومذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور : (١) منها ان الالتزام بالدين يحتاج فى استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . (٢) ومنها أن الدين تتبعه المطالبة إذ أن وساطة المدين تقتضى مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة . (٣) ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة كالحق العينى لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء . ومذ برز التمييز بين الدين والعين فى الفقه الإسلامى ، لم يظهر التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى . فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العينى فى خصائصه وابتعد عن الدين ، فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العينى على العين بالذات ، وهو كالحق العينى أيضا لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . أما الدين فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء . ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العينى وابتعد عن الدين ، أمكن إدماج الالتزام بالعين فى الحق العينى وإطلاق لفظ العين عليهما جميعا ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين ، فبرز التمييز بينهما ،

وستر ببروزه التميز بين الحق العينى والحق الشخصى .

ونرى مما قدمنا أن الدين فى الفقه الإسلامى أضيق من الحق الشخصى فى الفقه الغربى . فهو حق شخصى محله نقود أو أشياء مثلية . أما إذا كان محل الحق الشخصى نقل ملكية عين معينة بالذات أو نقل منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، فالحق هنا ينصب على العين فى الفقه الإسلامى ويندمج فى الحق العينى ويصبح عينا مثله . وقد رأينا كيف أن العقد ينقل ملك الأعيان وينقل منافعها ، وسنرى كيف يقع على تسليم الأعيان وعلى حفظها . فنستبعد هنا كل هذه الصور ، ونقتصر على صورة الدين بمعناه الضيق فى الفقه الإسلامى ، حيث لا يكون محل الحق إلا نقوداً أو أشياء مثلية ، فلا يمكن أن ينصب الحق على عين بالذات ووجب ضرورة أن يتعلق بالذمة . ومن أمثلة الديون الأثمان والأجور ورد المال المقترض ، فنستعرض هذه الأمثلة متعاقبة ، ثم نقول بعد ذلك كلمة فى الضمان .

ثانيا – الأثمان :

يرتب العقد ثمن المبيع دينا فى ذمة المشترى ، إذا كان الثمن كما هو الغالب نقوداً أو أشياء مثلية [1] . فإذا كان الثمن دينا على هذا الوجه ، فالذى يرتبه

---

(١) وقد يكون الثمن عينا ، فيصعب اذ ذاك التمييز بين المبيع والثمن فكلاهما عين ، ولا يكون الثمن عندذلك دينا . وقد جاء فى البدائع فى صدر التمييز بين المبيع والثمن ماياتى : « ثم الدراهم والدنانير عندنا اثمان على كل حال ، اى شىء كان فى مقابلتها ، وسواء دخله حرف الباء فيهما او فيما يقابلهما ، لانها لاتتعين بالتعيين بحال ، فكانت اثمانا على كل حال . وأما ما سواهما من الاموال ، فان كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل حال لانها تتعين بالتعيين بل لايجوز بيعها الا عينا ، الا الثياب الموصوفة المؤجلة سلما فانها تثبت دينا فى الذمة مبيعة بطريق السلم استحسانا . وان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ، فان كان فى مقابلة المكيل او الموزون دراهم او دنانير فهو مبيع ، وان كان فى مقابلته مالا مثل له من الاعيان التى ذكرنا فانه ينظر ، ان كان المكيل او

=

فى ذمة المشترى هو عقد البيع . فالبيع المطلق ، الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله ، يرتب فى ذمة المشترى دينا واجب الأداء فى الحال . فإذا اتفق على تأجيل الثمن أو على تقسيطه ، رتب البيع فى ذمة المشترى دينا مؤجلا أو دينا مقسطا بحسب الأحوال . وعقد البيع ذاته هو مصدر الدين بالثمن كما قدمنا ، ويترتب الدين بمجرد انعقاد البيع صحيحا(١) .

فإذا لم يدفع المشترى الثمن حالا إن كان معجلا ، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلا ، أجبر على دفعه . فإن امتنع لم يفسخ البيع ، ويباع من متاع المشترى ما يفى بالثمن المطلوب منه . ولا يجوز للقاضى أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع ، ما لم يكن المشترى معسراً لا يقدر على الوفاء ، فينظر إلى الميسرة .

ويجوز للبائع أن يحيل غريمه بالثمن على المشترى ، وليس له أن يتصرف فيه قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشترى الثابت الدين فى ذمته .

= الموزون معينا فهو مبيع ، وان لم يكن معينا يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والاخر مبيع ، وان كان احدهما معينا والاخر موصوفا أو كان كل واحد منهما موصوفا يحكم فيه حرف الباء فما صحبة فهو الثمن والاخر المبيع . وأما الفلوس الرائجة ، فان قوبلت بخلاف جنسها فهى أثمان ، وكذا ان قوبلت بجنسها متساوية فى العدد ، وان قوبلت بجنسها متفاضلة فى العدد فهى مبيعة عند ابى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هى أثمان على كل حال » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٤) .

ونرى من ذلك ان المبيع يتعين حتما ، اما الثمن فالغالب فيه الا يتعين بالتعيين ولكن قد يتعين هو أيضا بالتعيين كالمبيع . فاذا تعين الثمن بالتعيين ، نقل البيع ملك العين التى هى ثمن للبائع ، وصار هذا مالكا لها بمجرد البيع . ويختلف حكم العين فى هذه الحالة عن حكم العين اذا كانت مبيعا لاثمنا فى أن العين الثمن يجوز للبائع ان يتصرف فيها قبل ان يقبضها ، بخلاف العين المبيعة اذا كانت منقولا فلا يجوز للمشترى التصرف فيها قبل القبض كما سبق القول . وتقول المادة ٤٨٩ من مرشد الحيران : « اذا كان الثمن عينا ، يجوز للبائع ان يتصرف فيه قبل ان يقبضه من المشترى ، ببيع او هبة او وصية او غير ذلك » .

(١) فاذا انعقد البيع فاسدا وقبض المشترى المبيع ، ترتب فى ذمته دين ليس هو الثمن المسمى بل هو قيمة المبيع ، وهذا دين يضاهى دين الثمن . والعقد الفاسد مع القبض — أى الواقعة المادية — هو مصدر هذا الدين .

ثالثاً - الأجور :

والأجرة فى الإيجار قد تكون نقوداً أو من المثليات ، وعند ذلك تكون ديناً فى ذمة المستأجر ترتب على عقد الإيجار . وقد تكون عيناً تتعين بالتعيين ، فلا تكون ديناً بل عيناً ، وينتقل الملك فيها إلى المؤجر بعقد الإيجار . ولا يصعب التمييز فى الإيجار بين مايقابل المبيع وبين مايقابل الثمن . فما يقابل المبيع فى الإيجار يكون دائماً منفعة ، أما الأجرة وهى التى تقابل الثمن فقد تكون عيناً أو منفعة من غير جنس المنفعة الأولى أو ديناً .

ومتى انعقد الإيجار صحيحاً ، وكانت الأجرة ديناً ، ترتب هذا الدين فى ذمة المستأجر للمؤجر . ويصح اشتراط تعجيله وتأجيله وتقسيطه . ولا يلزم التعجيل إلا إذا اشترط وكانت الإجارة منجزة ، وللمؤجر فى هذه الحالة أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفى منه الأجرة ، وله أن يفسخ الإيجار عند عدم الإيفاء من المستأجر . وفى غير اشتراط التعجيل لا تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلا ، أو بتمكنه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها .

رابعاً - القرض :

وعقد القرض ، إذا تم صحيحاً ، رتب فى ذمة المقترض ديناً برد مثل المال المقترض . والمال المقترض لابد أن يكون من المثليات أو النقود ، فيرتب عقد القرض دائماً فى ذمة المقترض ديناً برده . وميعاد حلول الدين هو الوقت الذى يختاره المقرض ، فيستطيع استرداد القرض فى أى وقت شاء حتى لو كان متفقاً على تأجيل الرد إلى وقت معين ، فلا يلزمه التأخر إلى هذا الوقت . إلا أن للقاضى أن يمهل المقترض إذا رأى أنه معسر ، فينظره إلى وقت الميسرة .

خامساً – الضمان :

ونضع الضمان إلى جانب الدين لنقول إن العقد قد يرتب الضمان . فالبيع يرتب ضمان الاستحقاق وضمان العيب على البائع ، والإيجار يرتب نفس الضمانين على المؤجر .

وفى صناعة الفقه الإسلامى يختلف الضمان عن الدين . فالفقه الغربى يصل إلى الضمان عن طريق الدين ، فيقال إن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق والعيب ، وتنفيذاً لهذا الالتزام يجب عليه التعويض للمشترى . أما فى الفقه الإسلامى ، فلا يقال إن البائع مدين بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب ، ولكن يقال إن مقتضى هذا الضمان أن يفسخ المشترى البيع فيسترد الثمن فى الاستحقاق ، وكذلك يسترد الثمن فى العيب بعد أن يرد المبيع ، وقل مثل ذلك فى ضمان المؤجر للاستحقاق والعيب . فيصل الفقه الإسلامى إلى نتيجة قريبة من النتيجة التى وصل إليها الفقه الغربى ، ولكن عن طريق فسخ البيع أو الإيجار والرجوع بالثمن على البائع أو بالأجرة على المستأجر . فالتزام البائع برد الثمن أو التزام المؤجر برد الأجرة إنما هو دين كسائر الديون ، وسبب استحقاقه ليس هو الضمان مباشرة ، بل إن الضمان كان سبباً فى فسخ العقد ، وفسخ العقد هو الذى أوجب رد الثمن أو الأجرة .

(د) الإلزام بعمل معين

ما يستخلص من النتائج فى التزام العقد بالعمل :

قد يترتب على العقد إلزام العاقد بالقيام بعمل معين ، ويدخل فى ذلك طوائف العقود الآتية :

١ – عقد الأجير الخاص وعقد الأجير المشترك وشركة الأعمال وشركة العقد والمزارعة والمساقاة ، وكلها عقود تلزم العاقد القيام بعمل مادى معين .

٢ ــ عقد البيع وعقد إيجار الأشياء ونحوهما ، وكلها عقود تلزم العاقد بتسليم شيء معين .

٣ ــ عقد الوديعة وعقد العارية وعقد الإيجار ونحوها ، وكلها عقود تلزم العاقد بحفظ شيء معين .

٤ ــ عقد الوكالة وبعض عقود الشركة ، وكلها عقود تلزم العاقد بالقيام بعمل معين لمصلحة موكله .

فنبحث إذن فى إيجاز المسائل الآتية : أولا ـ القيام بعمل مادى معين . ثانيا ـ التسليم . ثالثا ـ الحفظ . رابعا ـ تنفيذ الوكالة .

أولا ـ القيام بعمل مادى معين :

قد يكون هذا العمل المادى خدمة أو غيرها من أنواع العمل يقوم بها أجير خاص أو أجير مشترك . فالأجير الخاص هو الذى يتخصص فى العمل لغيره فلا يعمل لآخر ، فيقوم بعمل من أعمال الخدمة المنزلية أو غير ذلك من أعمال المصانع والمتاجر وما إليها . والأجير المشترك هو الذى يقوم للغير بعمل معين دون أن يتخصص لهذا الغير وحده ، وذلك كالقيام بعمل من أعمال البناء أو النجارة أو القصارة أو غير ذلك وليس للأجير الخاص أن يعمل فى مدة الإجارة لغير مستأجره ، وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله ، ويستحق الاجرة بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها سواء خدم أو لم يخدم . أما الأجير المشترك فلا يستحق إلا إذا عمل .

ويجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة تقبل الأعمال . فإذا تعهد شريكان فى شركة تقبل الأعمال لأحد بعمل ، فلصاحب العمل طلب إيفائه من أيهما أراد ، ويجبر كل منهما على إيفائه ، وأيهما أوفاه برىء الآخر .

ولكل واحد من شريكى الصنعة أن يطالب صاحب العمل بأجرته ، ويبرأ صاحب العمل بدفعها إلى أيهما أراد .

ويجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة عقد تكون شركة بالأعمال . وشركة العقد هى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى رأس المال وفى الربح ، وهى إما شركة بالمال وإما شركة بالأعمال وإما شركة وجوه . ويشترط لجواز شركة العقد أن يكون المعقود عليه قابلا للوكالة ، وأن يكون الربح معلوم القدر ، وأن يكون جزءاً شائعاً فى الجملة لا معينا .

وفى المزارعة يلتزم المزارع بزراعة الأرض ، ويقسم المحصول بينه وبين صاحب الأرض على الوجه الذى اشترطاه . وإذا قصر المزارع فى سق الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب ، وجب عليه الضمان . وإذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب أو الجراد ، ضمن أيضا .

وفى المساقاة يدفع الكروم إلى من يصلحها ويسقيها بجزء معلوم من ثمرها . وإذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على الثمر ، جاز فسخ المساقاة . والأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كسقيه وتلقيحه وحفظه تلزم العامل ، والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذاذ ونحوه تلزم كلا من العاقدين .

ثانيا ـ التسليم :

والقيام بتسليم شيء يجوز أن يكون من الأعمال التى يلتزم بها العاقد . فالبائع يلتزم بتسليم المبيع للمشترى ، والمؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع بها ، والمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة إلى المؤجر بعد الانتفاع ، والمستعير يلتزم برد العين المعارة ، وحافظ الوديعة يلتزم برد العين المودعة .

ونأخذ مثلا للالتزام بالتسليم التزام البائع بأن يسلم المبيع للمشترى . فالتسليم هنا هو أن يخلى البائع بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه من غير حائل ولا مانع . والتخلية قبض حكما ، وهى تختلف بحسب حال المبيع . فإن كان المبيع عقاراً كدار أو حانوت أو نحوه مما له قفل ، فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشترى مع الإذن له بقبضه ، كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشترى والإذن له بتسلمه إن كان المبيع قريبا منه . وإذا كان المبيع أرضاً فتسليمها إلى المشترى يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشترى من قبضها بأن تكون قريبة منه ، فإن كانت بعيدة عن المشترى فلا يعتبر قابضا بمجرد إذن البائع بالقبض . وإذا كان المبيع منقولا ، فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع إلى يد المشترى ، كما يكون بالتخلية والإذن بالقبض ، فإن كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق إلى المشترى مع الإذن له بقبضـــه . وكيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشترى ، ووضعها فى الأوعية والجوالق التى هيأها المشترى لوضع المبيع فيها ، يكون تسليما . وإذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها من المالك ، ينوب القبض الأول عن الثانى . وإن كان المبيع فى يد المشترى عارية أو وديعة أو رهنا ، فلا يصير قابضا بمجرد العقد إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه حتى يتمكن من قبضه . ويشترط فى التسليم أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق البائع ، فإن كان المبيع داراً مشغولة بمتاع للبائع أو أرضا مشغولة بزرعه فلا يصح التسليم إلا إذا فرغ الدار من المتاع والأرض من الزرع ، ويجبر على التفريغ والتسليم للمشترى إذا نقده الثمن . وإذا قبض المشترى المبيع ، ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه ، يعتبر ذلك إذنا من البائع له بالقبض . وعلى البائع مصروفات التسليم ، كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه .

(أنظر فيما تقدم المواد ٤٣٤ — ٤٤١ و ٤٦٧ من مرشد الحيران) .

ثالثاً - الحفظ :

وقد يلتزم العاقد بحفظ العين بعقد وديعة أو عارية أو إيجار أو رهن أو غير ذلك من العقود التى تلزم العاقد بالحفظ .

وخير مثال للالتزام بالحفظ هو التزام حافظ الوديعة . فيجب على المستودع أن يعنى بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله ، وأن يضعها فى حرز مثلها على حسب نفاستها . وله أن يحفظها بنفسه ، أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن هو فى عياله . والوديعة أمانة لاتضمن بالهلاك مطلقا سواء أأمكن التحرز أم لا ، وإنما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو بتقصيره فى حفظها . إما إذا كان الإيداع بأجر ، فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ، فضمانها على المستودع . والوديعة التى تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصروفات مؤونتها على صاحبها . وإذا طلب صاحب الوديعة وديعته ، فعلى المستودع تسليمها إليه ، فإن منعها منه بلا حق حال كونه قادراً على تسليمها فهلكت فعليه ضمانها ، فإن كان عاجزاً عن تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها . وفى كل موضع لزم ضمان الوديعة تضمن بمثلها إن كانت من المثليات ووجد مثلها فى السوق ، أو بقيمتها إن كانت من القيميات أو من المثليات ولم يوجد مثلها فى السوق .

(أنظر فيما تقدم المواد ٨١٥ و ٨١٧ — ٨١٨ و ٨٢٩ و ٨٣٣ و ٨٣٨ من مرشد الحيران) .

رابعا - تنفيذ الوكالة :

ويلتزم الوكيل بعقد الوكالة بأن يقوم بتصرف معين لحساب الموكل . ويشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه وفيما وكل به ، وكل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره . فيجوز لمن توافرت فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات وبالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن

والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة ونحو ذلك من الحقوق ، ماعدا التوكيل باستبقاء القصاص حالة غيبة الموكل فإنه لايجوز . ويصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلا مطلقا مفوضا بكل حق هو له وبالخصومة فى كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . ويصح تفويض الرأى للوكيل ، فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص .

والمبيع فى يد الوكيل بالشراء أمانة ، فإذا هلك أو ضاع بدون تعديه هلك على الموكل ولا يسقط من الثمن شىء . وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن ، كان فى يده أمانة ، فلا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصر فى حفظه .

وللموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة ، وللوكيل أن يعزل نفسه .

(أنظر فيما تقدم المواد ٩١٦ و ٩٢١ — ٩٢٣ و ٩٤٢ و ٩٥٧ و ٩٧٠ و ٩٧٢ من مرشد الحيران) .

(هـ) توثيق الديون

عقود التوثيق :

وقد يكون العقد لتوثيق الدين وكفالته . وعقود التوثيق هى الكفالة والحوالة والرهن ، ويلحق بالرهن بيع الوفاء .

الكفالة :

الكفالة هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عين . وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها على الأصيل ، وهى التى تجب قيمتها عند هلاكها إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية ، كالمبيع فاسداً

أو المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء إن سمى له ثمنا . ولا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة على الأصيل بغيرها لا بنفسها ، وهى الأعيان الواجبة التسليم وهى قائمة وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها كالمبيع قبل القبض والرهن فهما مضمونان بالثمن والدين . ولا تصح الكفالة بالأمانات ، كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمؤجر فى يد المستأجر .

وتصح الكفالة بالمال سواء كان معلوما أو مجهولا ، وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت فى الذمة وهو مالا يسقط إلا بالأداء أو الابراء ، ولا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح إلا بدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضى أو بأمر القاضى .

وإذا توثق دين بكفالة ، جاز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً ، وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما . وإذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل ، ولكن ليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول ، قبل أن يؤديه للدائن المكفول له ولو كانت الكفالة بأمر الأصيل . وأداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل . وإبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل ، ولكن إبراء الدائن الكفيل لا يوجب براءة الأصيل .

(أنظر فيما تقدم المواد ٨٣٩ و ٨٤٤ — ٨٤٧ و ٨٥٢ — ٨٥٣ و ٨٥٦ و ٨٦٢ — ٨٦٣ و ٨٧٠ — ٨٧٢ من مرشد الحيران) .

الحوالة :

والحوالة هى أيضا عقد أقرب الى أن يكون عقد توثيق . وقد قدمنا فى الجزء الخامس من مصادر الحق (ص ٨٢ فى الهامش) أن الحوالة لا تنقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه عند زفر ، بل تضم ذمة

المحال عليه إلى ذمة المدين فى المطالبة ، فلا تعدو أن تكون كفالة محضة . وعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فإن الدين الأصلى ينقضى ، ويحل محل الدين الأصلى دين جديد فى ذمة المحال عليه ، وتكون حوالة الدين فى هـــذه الحالة تجديداً بتغيير المدين . وعند محمد ، حيث لا ينقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها ، فإن حوالة الدين أقرب إلى أن تكون كفالة محورة ، ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على الكفيل ـــ المحال عليه ـــ أولا ، فإن توى الدين عند الكفيل رجع على المدين الأصلى ، أما فى الكفالة العادية فالدائن كما رأينا بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلى أولا وإن شاء طالب الكفيل لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل .

وحوالة الدين فى المذاهب الثلاثة الأخرى لا تكون إلا حيث يكون المدين دائنا فى الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره . فهى إذن وفاء دين بحق عن طريق إسقاط كل من الدين والحق ، فتنتهى إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين . أما الحوالة حيث لا يكون للمدين دين فى ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلا بل هى محض كفالة .

فالحوالة إذن ، إذا هى لم تكن تجديداً للدين بتغيير المدين ، لا تعدو أن تكون كفالة محورة أو كفالة محضة .

(أنظر فى هذه المسألة الوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٢٤٠) .

الرهن :

والرهن هو أيضا عقد لتوثيق الدين ، فهو جعل مال محبوسا فى يد المرتهن بدين للمرتهن يمكن استيفاؤه من المال المرهون كلا أو بعضا . ويشترط فى المال المرهون أن يكون مالا موجوداً متقوما مقدور التسليم ، محوزاً لا متفرقا ، مفرغا لا مشغولا بحق الراهن ، مميزاً لا مشاعا ولا متصلا بغيره . ويشترط فى

مقابل الرهن أن يكون ديناً ثابتاً فى الذمة أو موعوداً به ، أو عيناً من الأعيان المضمونة ، فلا يصح الرهن بالأمانات ويشترط لتمام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضا تاما ، وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف فى العين المرهونة .

وإذا توثق دين برهن ، فللمرتهن حبس الرهن لاستيفاء الدين الذى رهن به . وهو أحق بالرهن من الراهن ، وإذا مات الراهن مديوناً فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء إلى أن يستوفى حقه ، وما فضل منه للغرماء . ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه ، ولكن لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن فى مقابلة دينه إن لم يؤده الراهن فى الأجل المعين لأدائه ، بل يصح الرهن ويبطل الشرط . وإذا حل أجل الدين المضمون يجبر الراهن على بيع الرهن ووفاء الدين من ثمنه ، إن لم يدفعه ويفك الرهن . وإذا امتنع الراهن من أداء الدين وعن بيع الرهن ووفائه من ثمنه بعد أمر الحاكم له بذلك ، يبيعه الحاكم قهراً ويعطى الدين من ثمنه .

وكل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ ، كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك ، إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه ، يتوقف نفاذه على رضا المرتهن ، ولا يبطل حقه فى حبس الرهن إلا إذا أجازه المرتهن أو قضى الراهن دينه ، فحينئذ تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن ، لكن فى صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف بدل الإجارة .

ويجب على المرتهن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، وله أن يحفظه بنفسه أو بغيره ممن هم فى عياله ممن يأتمنهم على حفظ ماله . والرهن مضمون بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين ، وتعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه . فإذا هلك الرهن فى يد المرتهن وكانت قيمته مساوية

لقدر الدين ، سقط الدين بتمامه عن الراهن ، وصار الدائن مستوفياً لحقه ، سواء كان هلاكه بتعدى المرتهن أو بآفة سماوية . وإذا هلك الرهن فى يد المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين ، سقط الدين عن الراهن ، أما الزيادة فلا تلزم المرتهن ولا يضمنها للراهن إن كان هلاك الرهن بدون تعديه ، ويكون عليه ضمانها للراهن إن كان هلاك الرهن ناشئاً عن تعديه أو تقصيره فى حفظه . وإذا هلك الرهن فى يد المرتهن وكانت قيمته أقل من الدين ، سقط من الدين بقدره ، ورجع المرتهن بما بقى له من الدين على الراهن .

ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن منقولا كان أو عقاراً بدون إذن الراهن ، وللراهن أن يرجع فى الإذن فى أى وقت شاء . والمصروفات اللازمة لحفظ الرهن وصيانته تكون على المرتهن . والمصروفات اللازمة لنفقته كعمارته إذا كان عقاراً أوسقى الأرض وتلقيح الشجر وكل ما به إصلاحه وبقاؤه يكون على الراهن . وكل ما وجب على أحدهما فأداه الآخر ، فإن كان أداه بأمر القاضى ويجعله ديناً له على الآخر فله الرجوع عليه به ، وإن أداه بلا أمر القاضى فهو متبرع لا رجوع له على الآخر بشىء مما أداه .

(أنظر فيما تقدم المواد ٩٧٥ — ٩٧٨ و ٩٨٦—٩٨٧ و ١٠٠٠ و١٠٠٧ — ١٠١٣ و ١٠٢١ — ١٠٢٢ من مرشد الحيران) .

بيع الوفاء :

وبيع الوفاء فى الفقه الإسلامى ضرب من الرهن وجد لتوثيق الدين . فيبيع الشىء صاحبه ، ويشترط أنه متى رد الثمن إلى المشترى رد المشترى له المبيع . فالبائع وفاء هو الراهن ، والمشترى وفاء هو المرتهن . ويجوز للمشترى وفاء أن ينتفع بالمبيع بإذن ولا يجوز للبائع الرجوع فى الإذن وهذا هو الذى يميز بيع الوفاء من الرهن حيث يجوز للراهن الرجوع فى الإذن كما قدمنا .

وإذا قبض المشترى المبيع وفاء بعد أن دفع الثمن للبائع ، وجاء وقت رد

الثمن لاسترداد المبيع فلم يرد البائع الثمن ، أمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه ، فإذا امتنع باع الحاكم عليه . وهذا هو حكم الرهن ، ومن ثم اقترب بيع الوفاء من الرهن وابتعد عن البيع .

ومن احكام الرهن التى تسرى على بيع الوفاء أيضا أنه إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين فى مقابلته ، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشترى الباقى من البائع ، وإن كانت قيمته زائدة على مقدار الدين سقط من قيمته مايقابل الدين وضمن المشترى الزيادة إن كان هلاك المبيع بتعديه وإن كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة . وليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشترى فى المبيع وفاء حتى يستوفى دينه من المبيع . وإذا مات أحد المتبايعين وفاء ، قامت ورثته مقامه فى أحكام بيع الوفاء .

(أنظر فيما تقدم المواد ٥٦١ — ٥٦٨ من مرشد الحيران) .

§ ٢ — فسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة

تطبيقات متفرقة لفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة فى الفقه الاسلامى :

قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامى شاد نظرية متماسكة الأطراف للحوادث الطارئة تماثل نظرية الفقه الغربى الحديث . ويحول دون ذلك سببان :

أولهما أن الفقه الإسلامى ، لا فى نظرية الحوادث الطارئة ولا فى غيرها من النظريات ، ألف وضع النظريات العامة المتماسكة . فقد قدمنا أن الفقه الإسلامى ، كالفقه الرومانى وككل فقه آخر أصيل ، إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ، ويضع لها حلولا عملية عادلة ينساب فيها تيار خفى من المنطق القانونى المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانونى سليم من الحلول المتفرقة الموضوعة للمسائل المختلفة ، وهكذا يبنى بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان .

والسبب الثانى أن الفقه الغربى اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة ، لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفف منها نزولا على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والتخفف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعى . أما فى الفقه الإسلامى ، حيث مقتضيات العدالة تسود دائما عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد ، فقد أمكن فى ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة فى القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء داعيا لوضع نظرية يرجع إليها فى تبرير ذلك ، مادامت مقتضيات العدالة هى التى يلجأ إليها عادة فى هذا التبرير .

وإذا كان الفقه الإسلامى لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للسببين اللذين قدمناهما ، فإن هذا لا يمنع من أنه عرف تطبيقات متنوعة لهذه النظرية فى مسائل مختلفة نذكر منها مسألتين :

(١) الأعذار فى عقد الايجار . (٢) والجوائح فى بيع الثمار .

ونتناولهما بالبحث (أنظر فى هاتين المسألتين وغيرهما رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد فى القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى وفى نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المصرى باللغة الفرنسية غير مطبوعة باريس سنة ١٩٥٧) .

(١) الأعذار فى عقد الايجار

تفاوت المذاهب المختلفة فى فسخ الايجار بالعذر :

لم تتفق المذاهب المختلفة على حكم واحد فى فسخ الإيجار بالعذر . فمنها ماتوسع فى ذلك توسعاً كبيراً وهذا هو المذهب الحنفى ، ومنها ماضيق مع تفاوت فى التضييق وهذه هى المذاهب الثلاثة الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة .

المذهب الحنفى فى فسخ الإيجار بالعذر

الاعذار التى يفسخ بها عقد الايجار :

توسع المذهب الحنفى كثيراً فى الأعذار التى يفسخ بها عقد الإيجار ، فعنده أن الإيجار قد يفسخ لعذر يقوم فى جانب المستأجر ، أو لعذر يقوم فى جانب المؤجر ، أو لعذر يقوم بالنسبة إلى العين المؤجرة .

فأما العذر فى جانب المستأجر فنحو أن يفلس مستأجر الحانوت فيقوم من السوق ، ويكون هذا عذراً لفسخ الإجارة فى الحانوت. كذلك لو أراد المستأجر السفر لمصلحة له لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة ، أو انتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو من حرفة إلى حرفة أخرى، كانت كل هذه أعذاراً فى فسخ الإيجار . وإذا استأجر رجل حانوتا ليتجر فى السوق ، ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة فله فسخ الإجارة لهذا العذر. ولو استأجر رجل رجلا لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل فى ملكه بأن يستأجر رجلا ليهدم داراً ، أو من غير ضرر يدخل فى بدنه كأن يستأجر رجلا ليقلع له ضرساً ، ثم بدا المستأجر ألا يفعل ، كان هذا عذراً لفسخ الإجارة . ولو استأجر إبلا إلى مكة ، ثم بدا له ألا يخرج ، كان هذا عذراً . ولو استأجر رجلا ليحفر بئراً ، فوجدها صلبة أو رخوة ، كان هذا عذراً .

وأما العذر فى جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة ، لأن بيع العين لا ينفذ من غير إجازة المستأجر ، وإبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفاحش إضرار بالمؤجر لأنه يحبس به إلى أن تظهر حاله ، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد . كذلك لو اشترى شيئاً فآجره ، ثم وجد به عيباً ، فله أن يرده بالعيب على البائع بعد فسخ الإجارة لهذا العذر . ولو آجر نفسه لعمل وضيع لم يكن مما اشتغل به

من قبل ، كأن يعمل حجاما أو تعمل ظئراً ، ثم أنف منه ، كان له أن يفسخ الإيجار للعـــذر . على أنه إذا انهدم المنزل الذى يسكنه المؤجر ، لم يكن هذا عذرا لفسخ إجارة منزل آخر يملكه المؤجر وآجره ، إذ يمكنه أن يؤجر أو يشترى منزلا لسكناه .

وأما العذر بالنسبة إلى العين المؤجرة فنحو أن يؤجر رجل عبده سنة ثم يعتقه بعد ستة أشهر ، فله أن يفسخ الإجارة ، وله أن يبقيها والأجرة للستة الأشهر الباقية تكون للعبد المعتق إلا إذا عجلت الأجرة أو اشترط تعجيلها فتكون للمولى . وإذا آجر أب ولده ثم بلغ الولد أثناء الإجارة ، كان هذا عذراً ، لأن فى إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبى ، فيعجز فى المضى فى موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه . ولو استأجر ظئرا ، ثم لم يأخذ الصبى من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبى السفر فامتنعت ، كان هذا عذرا فى فسخ الإجارة . وإذا غلا أجر المثل فى الوقف ، فسخ الإيجار نظرا للوقف ، وجدد العقد فى المستقبل على أجرة معلومة ، وفيما مضى وجب المسمى بقدره . وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور ، فأما إذا جاء واحد وزاد فى الأجرة تعنتا على المستأجر الأول ، فلا يعتبر ذلك . ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان فى الأرض زرع لم يستحصد فتترك بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع . وإذا رخص أجر مثل الوقف ، لم تفسخ الإجارة ، لأن الفسخ للغلاء إنما كان نظراً للوقف ، وهنا فيه ضرر بالوقف . وتزيد أجرة الحكر أو تنقص إذا زادت أجرة المثل أو نقصت ، وهذا مايسمى بتصقيع الحكر (أنظر المادة ٧٠٣ من مرشد الحيران والمادتين ١٠٠٤ و ١٠٠٦ من التقنين المدنى المصرى) .

ونورد بعض النصوص فى فسخ الإيجار بالعذر فى المذهب الحنفى :

جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٤ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩) : « وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له أو لطلب عبد آبق له ، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق ، تنتقض الإجارة لأنها وقعت لغرض وقد فات

ذلك الغرض . وكذا لو ظن أن فى بناء داره خللا فاستأجر رجلا لهدم البناء ثم ظهر أنه ليس فى البناء خلل ، أو استأجر طباخا لوليمة العرس فماتت العروس ، بطلت الإجارة .. استأجر حانوتا ليتجر فى السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة ، فله فسخ الإجارة لأنه عذر » .

وجاء فى البدائع (جزء ٤ ص ٢٩٧ وما بعدها) : « العذر قد يكون فى جانب المستأجر ، وقد يكون فى جانب المؤجر ، وقد يكون فى جانب المستأجر . أما الذى فى جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفراً ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة . لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت ، فكان فى إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه بالعقد ، فلا يجبر على عمله . وإذا عزم على السفر ، ففى ترك السفر مع العزم عليه ضرر به ، وفى إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة . والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه ، فإن منعناه عن الانتقال أضررنا به ، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به . . وعلى هذا إذا استأجرنا رجلا لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل فى ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة ، بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم داراً له أو يقطع شجراً له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث فى ملكه شيئا من بناء أو نجارة أو حفر ثم بدا له ألا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شىء من ذلك ... وكذلك لو استأجر إبلا إلى مكة ثم بدا للمستأجر ألا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر ، لأنه لما بدا له علم أن السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر . . وأما الذى هو فى جانب المؤاجر ، فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك . . لأن

إبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤجر لأنه يحبس به، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد . . وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به، له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه وإن رضي المستأجر بالعيب، ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة لأنه لايقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب . . . ولو أجر صانع . . نفسه للعمل . . ليس من عمله وصنعته بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب عليه، أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئراً وهي مما تعاب بذلك، فلأهلها أن يخرجوها وكذلك إن أبت هي أن ترضعه، لأن من لايكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار . . . وأما الذي هو في جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فإنه عذر في فسخ الإجارة، حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، أما العتق فلا شك في نفاذه . . وأما الخيار فلأن العقد على المنافع ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كأنه عقد عليه ابتداء . . ومنها بلوغ الصبي المستأجر أجره أبوه . . فبلغ في المدة، فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ . . فأما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الاجارة إلا في إجارة الوقف . . فإنه يفسخ نظراً للوقف، ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة، وفيما مضى يجب المسمى بقدره . وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور، فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتاً على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك . ثم إنما تفسخ هذه الاجارة إذا أمكن الفسخ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد . . بل تترك الى أن يستحصد الزرع بأجر المثل . . هذا إذا غلا أجر الوقف، فأما إذا رخص فإن الاجارة لا تفسخ . . لأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تفسخ » .

كيف يكون فسخ الايجار بالعذر :

ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضى فى موجب العقد شرعاً بأن كان المضى فيه حراماً ، كالإجارة على قلع الضرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المتآكلة ثم برأت ، فالإجارة تنفسخ من تلقاء نفسها . وإن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك ، لأنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد ، لم تنفسخ الإجارة إلا بالفسخ وفى هذه الحالة يستقل العاقد بالفسخ فى قول ، وفى قول ثان لا تنفسخ الإجارة إلا بالتراضى أو التقاضى ، وفى قول ثالث إن كان العذر ظاهراً فلا حاجة إلى القضاء وإن كان خفيا كالدين اشترط القضاء .

الأساس الذى يقوم عليه فسخ الايجار بالعذر :

يظهر مما قدمناه أن العذر هو أمر غير متوقع وقت الايجار ، وفى هذا يتفق مع الحادث الطارىء فى الفقه الغربى . ولكنه بخلاف الحادث الطارىء ، أمر ممكن الدفع ، فمجرد طروه مصلحة لأحد العاقدين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الإيجار للعذر . ثم إن العذر فى الفقه الإسلامى ، كالعذر فى الفقه الغربى ، لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل يجعله مرهقاً فحسب . وجزاء العذر هو فسخ الإيجار أو انفساخه من تلقاء نفسه ، أما الحادث الطارىء فى الفقه الغربى فجزاؤه كما رأينا هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

والفكرة التى يقوم عليها العذر فى الفقه الحنفى ليست هى طروء الحادث واستحالة دفعه ، بل هى تحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بعقد الإيجار . فحيث يعجز العاقد عن المضى فى موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه — أى لم يدخل فى حسابه وقت الإيجار — فإنه لا يجبر على المضى فى العقد ، ويكون له أن يفسخ الإيجار للعذر .

ومما يسر قبول العذر بهذا المعنى الواسع المرن فى عقد الإيجار أن هذا

العقد ينعقد على المنافع شيئاً فشيئاً . فلكل منفعة تستجد حكم العقد الجديد . والمنافع فى الإيجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً ، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض ، والعيب الحادث قبل القبض فى باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ .

جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٩٧) : « الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا خلافاً له (للشافعى) . وجه قوله أن الإجارة أحد نوعى البيع فيكون لازماً كالنوع الاخر وهو بيع الأعيان ، والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما . ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . وقد خرج الجواب عن قوله إن هذا بيع ، لأنا نقول نعم لكنه عجز من المضى فى موجبه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد ، فكان محتملا للفسخ فى هذه الحالة كما فى بيع العين إذا اطلع المشترى على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر . وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما ، إن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضى على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد ، وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضى عن الفسخ كما فى بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر . ثم إنكار الفسخ عند تحقيق العذر خروج عن العقل والشرع ، لأنه يقتضى أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ، ومن وقعت فى يده أكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعاً » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ١٤٣ — ص ١٤٤) : « تفسخ الإجارة بالعيب لأن العقد يقتضى سلامة البدل عن العيب ، فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما فى البيع . والمعقود عليه فى هذا الباب المنافع ، وهى تحدث ساعة فساعة ، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض فى حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض . ثم إذا استوفى المستأجر

المنفعة مع العيب ، فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع ، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر ، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ ، والعقد يتجدد ساعة فساعة ، فلم يوجد فيما يأتى بعده ، فسقط خياره »

المذاهب الثلاثة الأخرى فى فسخ الإيجار بالعذر

المذهب المالكى :

يقر المذهب المالكى فسخ الإيجار للعذر فى حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفى . فى هذا المذهب تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعا، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه . وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر ، لأنه يخاف على الولد من لبنها . وإن انقطع الماء عن الرحى المستأجرة ، فسخت الإجارة للعذر ، وكذلك إن أبق العبد المستأجر . وإن أجرتيما فى حجرة ثلاث سنين وهو يظنه لا يحتلم إلى ثلاث ، فاحتلم بعد سنة أو سنتين ، لم تلزمه الإجارة بعد احتلامه. وإن استأجر عبدا للخدمة فمرض أو دابة فاعتلت ، كان هذا عذرا . وإذا اكترى الرجل الأرض فجاءه من الماء مامنعه الزرع ، فلا كراء عليه . واختلف فيما إذا أصاب الأجير فى بناء مطر منعه من البناء فى بعض اليوم ، فقيل له بحساب مامضى ، ويفسخ فى بقية اليوم .

جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣) « سئل ابن أبى زيد إذا أصاب الأجير فى البناء مطر فى بعض اليوم منعه من البناء فى بعض اليوم، قال فله بحساب مامضى ويفسخ فى بقية اليوم . ومثله لسحنون . ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله . وقال ابن عرفة قال سحنون فى وثائقه إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر ، لم يكن له بحساب ماعمل من النهار ، وأجيره له كل الأجر ، لأن المنع لم يكن منه . قال ابن عرفة ولا يدخل هذا الخلاف فى نوازل وقعت فى بلدنا بتونس ، لأن العرف تقرر

عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف ، وجاء أيضا (الحطاب ٥ ص ٤٣٣) : « وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها ، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه . قال ابن عرفه قلت هذا إذا كان العفو من غير المستأجر ، وانظر هل يقبل قول المستأجر فى ذهاب ألمه والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل وفى يمينه مع ذلك نظر » .

وجاء فى المدونة (جزء ١١ ص ٥٦) : « قلت هل يجوز لى أن أستأجر رحى الماء فى قول مالك ؟ قال سأل مالكا عن هذه المسألة أهل الأندلس فقال لا بأس بذلك . قلت وإن انقطع الماء عنها أيكون هذا عذرا تفسخ به الإجارة ؟ قال لم أسمع من مالك فى انقطاع الماء عنها شيئا ، وأراه عذرا . قلت أرأيت إن عاد الماء فى بقية من وقت الإجارة ؟ قال : قال مالك فى العبد يؤاجر فيمرض إنه إن صح لزم المستأجر الإجارة فيما بقى من الوقت ، فكذلك رحى الماء أيضا ، وقد قال غيره إلا أن يتفاسخا قبل أن يصح العبد » . وجاء أيضاً (المدونة ١١ ص ٧٨) : « قلت أرأيت إن استأجرت عبدا فأبق أتفسخ الإجارة فى قول مالك ؟ قال نعم . قلت فإن رجع فى بقية من وقت الإجارة أو قدر عليه ؟ قال يرجع فى الإجارة بحال ما وصفت لك . قلت أرأيت إن استأجرت من رجل عبدا يخدمنى سنة فهرب العبد من يدى إلى دار الحرب ؟ قال تنفسخ الإجارة فيما بينهما ، إلا أن يرجع العبد فى بقية من وقت الإجارة كما وصفت لك . قلت أرأيت إن هرب السيد؟ قال الإجارة بحالها لا تنتقض » . وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ٨٤) : « قلت أرأيت إن حملت هذه المرضع فخافوا على الصبى أيكون لهم أن يفسخوا الإجارة ؟ قال نعم . قلت تحفظه عن مالك ؟ قال لا ولكنه رأيى . قلت لم يكون لهم أن يفسخوا الأجارة ولم يكن لهم أن يلزموها أن تأتى بمن ترضع هذا الصبى ؟ قال لأنهم إنما اكتروها بعينها على أن ترضع لهم » . وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ٩٧) : « قلت أرأيت لو أن يتيما فى حجرى أجرته ثلاث سنين وأنا أظنه لا يحتلم إلى ثلاث سنين ، فاحتلم بعد سنة أو سنتين ، فأراد أن ينقض الإجارة حين احتلم ، أيكون ذلك له

أم لا؟ قال لا أرى أن تلزمه الأجارة بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام والشهر وما أشبهه». وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ١١٧): «قلت أرأيت إن استأجرت عبداً للخدمة فمرض أو دابة أركبها إلى موضع كذا وكذا فاعتلت الدابة، أيكون هذا عذرا وأنا قضه الكراء؟ قال نعم، إلا أن العبد إن صح فى بقية من وقت الإجارة، عمل لك ماصح فيه من ذلك، وكان عليك كراء ماعمل لك، ويسقط عنك كراء ما مرض فيه». وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ١٧٢ — ص ١٧٣): «قلت أرأيت إن زرعتها فأصابها مطر شديد فاستغدرت الأرض وفيها الزرع، فأقام الماء فيها العشرة الأيام أو العشرين أو الشهر ونحوه فقتل الماء الزرع، أيلزم المتكارى الكراء كله ويجعله مالك بمنزلة البرد والجراد والجليد أم يجعل هذا بمنزلة القحط؟ قال لم أسمع من مالك فيه شيئا، إلا أن ذلك إن كان بعد مضى أيام الحرث فهو عندى بمنزلة البرد والجليد، وإن كانت الأرض إنما استغدرت فى أيام الحرث فقتلت زرعه الذى كان زرع فيها، فالماء إن انكشف عنها قدر على أن يزرعها ثانية فلم ينكشف الماء عنها حتى مضت أيام الحرث، قال فأرى هذا مثل الرجل يتكارى الأرض فتغرق فى أيام الحرث فلا كراء عليه. وكذلك قال لى مالك إن الأرض إذا اكتراها الرجل فجاءه من الماء ما منعه الزرع إنه لا كراء عليه، فهذا الذى سألت عنه. وإن كان قد زرعها ثم جاءه الماء فغرق زرعه فى أيام الحرث وهو لو أن الماء انكشف عن الأرض كان يقدر على الحرث لأن إبان الحرث لم يذهب فمنعه الماء من أن يعيد زرعه، فلا كراء عليه، وإن كان أصابها فى زمان الحرث فهلك زرعه ثم انكشف الماء فى إبان يدرك فيه الحرث، فالكراء له لازم لأنه قد يدرك أن يزرع. وليس هذا بمنزلة ما أصابها بعد ذهاب أيام الحرث، وذلك بمنزلة الجراد والجليد والبرد».

مذهب الشافعى

والأصل فى مذهب الشافعى ألا تفسخ الإجارة بالعذر، إلا إذا أوجب خللا فى المعقود عليه أو كان عيباً فيه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء

المنفعة تعذراً شرعياً . فتعثر ظهر الدابة فى المشى والعرج الذى تتأخر به عن القافلة وضعف البصر فى المستأجر للخدمة وانهدام الحائط فى الدار وانقطاع الماء فى البئر والعين والرحى وغير ذلك من العيوب فى المعقود عليه التى توجب خللا فيه تكون أعذاراً ترد بها العين للعيب . ولو استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه ، فسخت الإجارة للتعذر الشرعى . ولا يعتد بالعذر فى غير ذلك ، فإن أكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجزله الرد ، وإن اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده لم يجزله الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره ، وإن أكترى أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجزله الرد لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض ، ولو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج فى السفن وقد أكتراها لم يجزله الرد لأن تعذر الانتفاع يرجع لمعنى فى غير المعقود عليه .

جاء فى المهذب (جزء أول ص ٤٠٥ — ص ٤٠٦) : « إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جازله أن يرد ، لأن الإجارة كالبيع . . والعيب الذى يرد به ما تنقض به المنفعة ، كتعثر الظهر فى المشى والعرج الذى يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجذام والبرص فى المستأجر للخدمة وانهدام الحائط فى الدار وانقطاع الماء فى البئر والعين والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعة . فأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لاتنقص به المنفعة . وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجزله الرد . وإن اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده ، لم يجزله الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجزله الرد ، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز من الحج لمرض أو ذهاب المال . وإن اكترى أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد

أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجزله الرد ، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجزله الرد . . . وإن مات الصبى الذى عقد الإجارة على ارضاعه، فالمنصوص أنه ينفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع فبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر إنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبى آخر جاز ، وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ . وإن استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص فى المسألة قبلها لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت ، ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر » .

وجاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى (جزء ٥ ص ٣١٢ — ص ٣١٣) : « لا تفسخ إجارة عينية أو فى الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بعذر لا يوجب خللا فى المعقود عليه ، كتعذر وقود . . حمام على مستأجره ، ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله كما لو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج فى السفن وقد اكتراها أو دارا لذلك . . وتعذر سفر . . ونحو مرض مستأجر دابة السفر ومؤجرها الذى يلزمه الخروج معها لانتقاء الخلل فى المعقود عليه والاستنابة ممكنة . نعم التعذر الشرعى يوجب الانفساخ ، كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه وإمكان عوده لا أثر له لأنه خلاف الأصل ، وكذا الحسى إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير ، بناء فيهما على ما مر من عدم جواز إبدال المستوفى به ، والأصح خلافه . . ولو استأجر أرضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة كجراد أو سيل ، فليس له الفسخ ولا حط شىء من الأجرة ، لانتفاء خلل فى منفعة الأرض كما لو احترقت أمتعة مستأجر حانوت » .

وجاء أيضا (نهاية المحتاج ٥ ص ٣١٧) : « وتعطل الرحى بانقطاع مائها والحمام بنحو خلل ابنيتها أو نقص ماء بئر فيها يفسخها ، كذا قالاه ، وما اعترض به من كونه مبنيا على الضعيف فى المسألة بعده يمكن حمله على تعذر سوق ماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الاتى لإمكان سقيها بماء آخر » . وجاء أيضا (نهاية المحتاج ٥ ص ٣١٨) : « الأصل يقتضى منع الإجارة لأنها بيع معدوم ، وإنما جوزت للحاجة ، فاغتفر فيها الفسخ ، بخلاف البيع . »

المذهب الحنبلى :

والأصل أيضا فى المذهب الحنبلى ألا تفسخ الإجارة بالعذر ، إلا إذا أوجب خللا أو عيبا فى المعقود عليه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعيا . فإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها . فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى فى العين ، وإن قل الماء بحيث لايكفى الزرع فله الفسخ لأنه عيب ، أما إذا غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غير ذلك فلافسخ لأن التالف غير المعقود عليه . وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة وموت الطفل ، لتعذر استيفاء المعقود عليه ، وكذا لو برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة . ولا يعتد بالعذر فى غير ذلك ، إلا أن المذهب الحنبلى يزيد بأن يعتد بالعذر فى غير ذلك إذا كان حادثا عاما يشمل جميع الناس لا خاصاً بالعاقد وحده ، وفى هذا يقرب المذهب الحنبلى من القانون المدنى المصرى فيما قدمناه . والخوف العام الذى يمنع من سكنى المكان الذى فيه العين المستأجرة ، أو حصر البلد بحيث يمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، كل هذه أعذار يثبت بها الخيار لأنها عامة شاملة للناس . أما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر ، كأن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم فى طريقه ، وكأن يحبس أو يمرض

أو يتلف متاعه ، فليست هذه بأعذار لأنها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعا مطلقا .

جاء فى المغنى (جزء ٥ ص ٤١٨) : « القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذى فيه العين المستأجرة ، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين . ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين ، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة . وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ، لأن الحق لهما لا يعدوهما . فأما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر ، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم فى طريقه ، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية ، فأشبه مرضه . وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه ، لم يملك فسخ الإجارة لذلك ، لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى فى جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً » . وجاء أيضا (المغنى ٥ ص ٤٤٥ — ٤٤٦) : « ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره ، فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكترى ، نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعى . لأن التالف غير المعقود ، وإنما تلف مال المكترى فيه فأشبه من اكترى دكانا فاحترق متاعه فيه . . وإن تعذر زرع الأرض أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى فى العين . . وإن قل الماء بحيث لا يكفى الزرع ، فله الفسخ لأنه عيب » . وجاء أيضا (المغنى ٥ ص ٤٥٦ — ص ٤٥٧) : « وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها . وحكى عن أبى بكر أنها لا تفسخ ويجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين . ولنا أنه

هلك المعقود عليه ، أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة . وإن مات الطفل انفسخ العقد ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الاخر ، وهذا منصوص الشافعى . » وجاء أيضاً (المغنى ٥ ص ٤٩٥) : « وإن برأ الضرس قبل قلعة انفسخت الإجارة ، لأن قلعه لا يجوز . وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه ، لأن إتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل ، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض إلى كل إنسان فى نفسه إذا كان أهلا لذلك ، وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة » .

ب — الجوائح فى بيع الثمار

المذاهب المختلفة :

كما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر فى عقد الإيجار ، كذلك نرى المالكية يفسحون المجال لنظرية إنقاص الثمن للجوائح فى بيع الثمار . ويتفق الحنابلة مع المالكية فى نظرية الجوائح . أما الشافعية والحنفية فلا يقرون هذه النظرية .

معنى الجائحة :

الجائحة هى ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن ، والعطش يعتبر جائحة بلا خلاف .

فإذا كانت الجائحة من صنع الآدميين ، فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين . فبعض رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ، ولم ير ما كان منه بمغافصة (الأخذ على غرة) جائحة مثل السرقة . وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الادميين جائحة

بأى وجه . فمن جعلها فى الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت إن منع الله الثمرة ، ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه ، (بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٥٤) . فإذن هناك آراء ثلاثة فى مذهب مالك : فرأى يذهب إلى أن الجائحة فى الأمور السماوية وحدها ، ورأى ثان يذهب إلى أن الجائحة تشمل أيضا أعمال الادميين التى لا يمكن التحرز عنها ، ورأى ثالث يذهب إلى أن الجائحة تشتمل جميع أعمال الآدميين حتى تلك التى يمكن التحرز منها مادامت من غير فعل المشترى .

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول . فأما الثمار فلا خلاف فيها ، وأما البقول ففيها خلاف والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالأصل وهو الثمر (ابن رشد ٢ ص ١٥٤) .

والأصل فى بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها ، ويتسلمها المشترى وهى لاتزال قائمة على الشجر ويجنيها عادة بالتدريج بمجرد نضوجها . ومذهب مالك يجيز بيع الثمار إذا تلاحقت آحادها ، فيباع ماظهر منها ومالم يظهر . فإذا كان المشترى قد تسلم الثمار وهلكت بجائحة كلها أو بعضها بعد التسليم وإن كانت لاتزال قائمة على الشجر ، فهلاكها على المشترى كما تقضى القاعدة العامة . وبهذا يقول المذهب الحنفى ومذهب الشافعى . أما المالكية والحنابلة فيذهبون إلى أنه بالرغم من أن المشترى قد تسلم الثمار ، فإنها لاتزال قائمة على الشجر ، فهلاكها بالجوائح غير المنظورة يكون على البائع ، لأن طبيعة البيع تقتضى ذلك فلايزال البائع مسئولا عن سلامة الثمار وريها مادامت لاتزال قائمة على الشجر ، وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة .

حكم الجوائح فى المذهب المالكى :

وقت إصابة الثمار بالجائحة : هو الوقت الذى يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه . واختلفوا إذا استبق المشترى الثمار بعد أن استوفت طيبها ليبيعها على النضارة شيئا فشيئا ، « فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه . وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة . فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة . أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ، ومن لم ير فيهما واحداً قال ليس فيه جائحة . ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول » (ابن رشد ٢ ص ١٥٥) .

المقدار الذى يجب فيه الجائحة وكيفية إنقاص الثمن : والمقدار الذى تجب فيه الجائحة فى الثمار هو الثلث . وأما البقول فقيل أيضا الثلث ، وقيل لا يشترط الثلث فتجب الجائحة حتى فى أقل من الثلث مادامت الخسارة تزيد على المألوف مما جرت العادة أن يلتقطه الطير . وفى المذهب المالكى رأيان فى كيفية حساب الثلث : (١) فابن القاسم يحسب ثلث الثمار بالكيل أولا ، فإذا بلغت الخسارة هذا المقدار من الكيل ، فإن كانت الثمار نوعا واحدا لا تختلف قيمة بطونه ، حط من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة . وإن كانت الثمار أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم بحسب وقت جنيها ، اعتبرت قيمة الثلث التالف من قيمة الجميع . (٢) وأشهب يعتبر الثلث فى القيمة ، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث ، سواء كان ثلثا فى الكيل أو أقل أو أكثر وضع عنه الثلث من الثمن (ابن رشد ٢ ص ١٥٤) .

جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (٢ ص ١٥٥) : « والمالكية يحتجون فى مصيرهم إلى التقدير فى وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيه مطلقاً

بأن القليل فى هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير ، إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمرة . فكأن المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة، وإن لم يدخل بالنطق . وأيضا فإن الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير ، قالوا وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث إذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة . وإن كان المذهب يضطرب فى هذا الأصل ، فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله إياه ههنا، ومرة يجعله فى حيز القليل، ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير . والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة(١) لقلت بالقليل والكثير . وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير» .

وجاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٢ ص ٢٥ – ٢٦) : « قلت لابن القاسم أرأيت المقاتى هل فيها جائحة فى قول مالك ، قال نعم إذا أصابت الثلث فصاعداً وضع من المشترى ما أصابت الجائحة . قلت أرأيت إن اشتراها وفيها بطيخ وقثاء ، فأصابت الجائحة جميع ما فى المقثأة من ثمرتها وهى تطعم فى المستقبل ، كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها ؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك أنه يكون مثل كراء الأرضين والدور ، إنه ينظر إلى المقثأة كم كان نباتها من أول ما اشترى إلى آخر ما تنقطع ثمرتها . فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها ، فإذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة ، نظر إلى قيمة ما قطف منها ، فإن كان قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له إلا قدر ذلك . لأن حملها فى الأشهر ونفاقها فى الأشهر مختلف ، فتقوم ويقوم ما بقى

---

(١) والشافعى يميز بين فرضين : (ا) يتفق المشترى مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى يوم قطفه فلا يعتبر انه قد تسلمه قبل تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا للقاعدة العامة من ان الهلاك على البائع قبل التسليم . (ب) يخلى البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشترى قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشترى تطبيقا للقاعدة العامة ايضا من ان الهلاك على المشترى بعد التسليم .

من النبات مما لم يأت بعد فى كثرة نباته ونفاقه فى الأسواق مما يعرف من ناحية نباته ، فينظر إلى الذى لم تصبه الجائحة فيقوم على حدته ، ثم يقوم الذى أصابته الجائحة على حدته ، فينظر ما مبلغ ذلك من جميع الثمرة . فإن كانت الثمرة التى أكلها المشترى هو نصف القيمة أو أقل من النصف أو أكثر ، فربما كان إطعام المقثأة فى أوله هو أقله وأغلاه ثمنا تكون البطيخة أو الفقوسة أو القثاة بعشرة أفلس أو بنصف درهم أو بدرهم والبطيخة مثل ذلك وفى آخر الزمان تكون بالفلس والفلسين والثلاث ، فيكون القليل الذى كان فى البطن الأول أكثر المقثأة ثمنا لنفاقه فى السوق ، وعلى هذا يقع شراء الناس إنما يحمل أوله آخره وآخره أوله . ولو كان إنما وقع الشراء على كل بطن على حدته لكان لكل بطن جزء من الثمن مسمى . وإنما تحسب بطون المقثأة التى تطعم فيها بقدر إطعامها من قدر نفاقها فى الأسواق من كل بطن ، ثم يقوم ما أطعمت فى كل زمان على قدر نفاقه فى الأسواق فى كل بطن ، ثم يقسم الثمن على جميع ذلك . فإن كان البطن الأول هو النصف أو الثلثين رد بقدر ذلك ، وإن كان البطن الآخر الذى انقطع فيه هو النصف أو الثلثين رد بقدر ذلك ، ولا يلتفت إلى نباتها فى إطعامها فيقسم على قدر كثرته وعدده من غير أن ينظر إلى أسواقه ، ولكن ينظر إلى كثرته ونفاقه فى الأسواق » . وجاء أيضا (المدونة ١٢ ص ٣٢) : « أرأيت البقول والكرات والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل والفجل ، إذا اشترى الرجل هذه الأشياء التى ذكرت لك وما أشبهها فأصابتها جائحة أقل من الثلث ، هل يوضع عن المشترى شىء أم لا ؟ قال قال مالك أرى أن يوضع عن المشترى كل شىء أصابته الجائحة منها قل أو كثر ، ولا ينظر فيه إلى الثلث . وقد ذكر على بن زياد عن مالك أن البقل إذا أتلفت جائحته الثلث وضع عن المشترى ، وإن لم تبلغ الثلث لم يوضع فيه شىء » . هذا ويبدو أن الرأى الذى يذهب إلى أن يوضع عن المشترى فى البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو كثر ولا ينظر إلى الثلث ، إنما يعتمد على

أن البقول تحتاج إلى ماء كثير ، فإذا أصابتها جائحة رجع هذا فى الغالب إلى العطش ، والبائع مسئول عنه دائما .

وجاء أيضا فى المدونة الكبرى (جزء ١٢ ص ٣٧ — ص ٣٨) فى تعداد الجوائح : « قلت أرأيت الجراد أهو جائحة فى قول مالك أم لا ؟ قال الجراد جائحة عند مالك . قلت وكذلك النار فى قول مالك ؟ قال نعم . قلت وكذلك البرد والمطر والطير الغالب تأتى فتأكل الثمرة والدود وعفن الثمار فى رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت أترى هذا من الجوائح ؟ قال قال مالك فى الماء إذا انقطع عن الثمرة ماء العيون وضع عن المشترى ماذهب من الثمرة من قبل الماء قليلا كان أو كثيراً ومابقى فهو للمشترى بما يصيبه من الثمن .. قلت وماء السماء إذا انقطع عن الثمرة .. ؟ قال لم أسمع من مالك فى ماء المطر شيئا ، إلا أنه قال ما كان من فساد الثمرة من قبل العطش من الماء وضع عن المشترى قليلا كان كثيراً ، فأرى ماء المطر وماء العيون سواء .. وأما ماسألت عنه كله فإن ذلك جائحة من الجوائح توضع عن المشترى .. وقال مالك فى الجيش يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته ، قال هو جائحة من الجوائح . قال ابن القاسم ولو أن سارقا سرقها كانت جائحة أيضا فى رأيى ، قال ابن نافع ليس السارق بجائحة » .

حكم الجوائح فى المذهب الحنبلى :

المذهب الحنبلى يقر إنقاص الثمن للجائحة كالمذهب المالكى . ويبنى ذلك على أن بيع الثمار قائمة على الأشجار وإن خلى البائع بينها وبين المشترى لاتكون التخلية قبضا كاملا ، فحكم الهلاك بالجائحة فى هذه الحاله هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع ، ويقول ابن قدامة : « ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع فى الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان

المؤجر ، كذلك الثمرة فإنها فى شجرها كالمنافع توجد حالا فحالا ، وقياسهم يبطل بالتخلية فى الاجارة » (المغنى ٤ ص ٢١٦) .

والجائحة فى المذهب الحنبلى كل آفة لا صنع للآدمى فيها ، كالريح والبرد والجراد والعطش ، لما روى أن النبى عليه السلام قضى فى الجائحة والجائحة تكون فى البرد والجراد وفى السيل وفى الريح ، وهذا تفسير من الراوى لكلام النبى عليه السلام فيجب الرجوع إليه . وأما ما كان بفعل آدمى ، فالمشترى بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجانى بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة (المغنى ٤ ص ٢١٦) .

وظاهر المذهب أنه لا يشترط الثلث فى الجائحة ، ولا يغتفر إلا ماجرت العادة بتلف مثله كالشىء اليسير الذى لا ينضبط فلا يلتفت إليه . قال أحمد إنى لا أقول فى عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ، ولا أدرى ما الثلث ، ولكن إذا كانت جائحة تتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع . على أن هناك رواية أخرى فى المذهب تشترط الثلث فى الجائحة ، فما كان دون الثلث فمن ضمان المشترى ، وهو مذهب مالك والشافعى فى القديم ، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والثلث قد اعتبره الشرع فى مواضع منها الوصية وعطايا المريض ، والثلث حد الكثرة وما دونه من القلة ، بدليل قول النبى عليه السلام فى الوصية الثلث والثلث كثير ، فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به . ولكن قول ظاهر الرواية ، وهو عدم اشتراط الثلث ، يحتج له بعموم الأحاديث ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع وإن كان قليلا كالتى على وجه الأرض ، وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر فى العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل فى الخبر ولا يمكن التحرز منه

فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . ومن ثم إذا تلف من الثمار قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب ، فإن تلف كل الثمر بطل العقد ورجع المشترى بجميع الثمن . وعلى الرواية الأخرى يعتبر ثلث المبلغ وقيل ثلث القيمة ، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن (المغنى ٤ ص ٢١٦ — ٢١٧) .

فإن بلغت الثمرة أوان الجذاذ فلم يجذها حتى اجتثت ، لم يوضع شىء من الثمن لأن المشترى مفرط بترك النقل فى وقته مع قدرته فكان الضمان عليه. ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت ، فهى من ضمانه لأن تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهى من ضمان بائعها (المغنى ٤ ص ٢١٧) . وهذا بخلاف ما إذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع ، فلا شىء على المؤجر ، نص عليه أحمد ولا يعلم فيه خلاف ، لأن المعقود عليه منافع الأرض ، ولم تتلف ، وإنما تلف مال المستأجر فيها ، فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها (المغنى ٤ ص ٢١٧) .

جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢١٥ — ص ٢١٦) : « إن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع ، وبهذا قال أكثر أهل المدنية ، منهم يحيى بن سعيد الأنصارى ومالك وأبو عبيدة وجماعة من أهل الحديث ، وبه قال الشافعى فى القديم . وقال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد هو من ضمان المشترى ، لما روى أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت إن ابنى اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى ألا يقبل ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : تألى فلان ألا يفعل خيراً ، متفق عليه . ولو كان واجبا لأجبر عليه ، لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمى كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره . ولنا ماروى مسلم فى صحيحه عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن بعت من أخيك ثمراً

فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، لم تأخذ مال أخيك بغير حق ! وهذا صريح فى الحكم فلا يعدل عنه . قال الشافعى لم يثبت عندى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، ولو ثبت لم أعده ، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها فى القليل والكثير . قلنا الحديث ثابت . . ولا حجة لهم فى حديثهم فإن فعل الواجب خير فإذا تألى ألا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً ، فأما الإجبار فلا يفعله النبى صلى الله عليه بمجرد قول المدعى من غير إقرار من البائع ولا حضور ، ولأن التخلية ليست بقبض تام بدليل مالو تلف بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع فى الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر ، كذلك الثمرة فإنها فى شجرها كالمنافع قبل استيفائها . توجد حالا فحالا ، وقياسهم يبطل بالتخلية فى الإجارة » : (١)

---

(١) انظر فى مثل آخر للحوادث الطارئة فى الفقه الاسلامى ، كساد العملة وانقطاعها وتغير قيمتها (رسالة ابن عابدين فى النقود) ص ٦٥ ـ ص ٦٧ ـ حاشية ابن عابدين ٤ ص ٤٠ ـ الهداية ٥ ص ٢٨٣ ـ ص ٢٨٤ ـ الزيلعى ٤ ص ١٤٢ ـ ص ١٤٣ ـ رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد السابق الاشارة اليهـا ص ٢٧٤ ـ ص ٢٨٦) .

الفرع الثانى

المسئولية العقدية

المبحث الأول

المسئولية العقدية

فى الفقه الغربى

كيف تتحقق المسئولية العقدية :

قيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . فى هذه الحالة يتعين على المدين تنفيذ التزامه العقدى تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكنا . فإذا أمكن التنفيذ العينى وطلبه الدائن ، أجبر المدين عليه . وإلى هنا لاتقوم المسئولية العقدية ، إذ نحن فى صـــدد التنفيذ العينى للالتزام ، لا فى صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العينى — أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العينى — فنى هذه الحالة لايسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام .

وهنا تقوم المسئولية العقدية ، فالدائن يطالب المدين بالتعويض ، فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذه التزامه العقدى ؟ ويكون المدين مسئولا عن عدم تنفيذ التزامه ، ويحكم عليه بالتعويض ، ما لم يثبت أن تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لايدله فيه . وهذه المسئولية عن التعويض هى المسئولية العقدية .

ونرى من ذلك أن المسئولية العقدية لاشأن لها بالتنفيذ العينى للالتزام العقدى . وهى أيضا لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد أصبح تنفيذه مستحيلا بسبب أجنبى . فلا تتحقق المسئولية العقدية إذن إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ، وفى الوقت ذاته لم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبى .

وأركان المسئولية العقدية ثلاثة : (١) الخطأ العقدى . (٢) الضرر (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

المطلب الأول

الخطأ العقـــدى

مسألتان :

الأصل أن يكون المدين مسئولا عن خطأه العقدى ، وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق . فعندنا إذن مسألتان : (١) ماهو الخطأ العقدى (٢) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق .

§ ١ — ما هو الخطأ العقدى

الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء من العقد :

إذا لم يقم المدين فى العقد بتنفيذ التزامه ، كان هذا هو الخطأ العقدى . ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئا عن عمده أو عن إهماله أو عن فعله (أى دون أن يثبت فى جانبه عمد أو إهمال) . بل إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئا عن سبب أجنبى لايدله فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا

سلمنا بتحقق الخطأ العقدى ، فإن علاقة السببية — وهى ركن فى المسئولية العقدية — مع ذلك تنعدم ، فلا تتحقق المسئولية على ماسنرى .

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية :

ويجب فى هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزام :

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام فالالتزام بنقل حق عينى كنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة مبنى ، والالتزام بالامتناع عن عمل معين كالكف عن المنافسة وعدم البناء على مسافة معلومة ، كل هذه التزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هى نقل الحق العينى أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، فتنفيذها لايكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية — أيا كان السبب فى ذلك — بقى الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة « الالتزام بنتيجة obligation de résultat » ونسميه نحن « الالتزام بتحقيق غاية » .

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل هو بذل الجهد ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته ، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض من بذل هذه العناية . فالمستأجر يجب أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ / ١ مدنى) ، دون أن يزيد أو ينقص . وعلى المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل

فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ / ١ مدنى)، فيجوز إذن أن يزيد على ذلك. وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء مايبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد فيجوز أن ينقص عن ذلك، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد دون أن يزيد أو ينقص (م ٧٢٠ مدنى). ومن ذلك نرى أن الأصل فى العناية التى تطلب من المدين هى عناية الرجل المعتاد، وقد يتطلب القانون أو الاتفاق عناية أكبر أو عناية أقل فى بعض حالات معينة، وقد عرضت المادة ٢١١ مدنى لهذه المسألة فنصت على ما يأتى: «١ — فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل مايبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره. ٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم». وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة «الالتزام بوسيلة» (obligation de moyen)، ونسميه نحن «الالتزام ببذل عناية».

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء من العقد، وجب أن نميز فى هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام. فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية، أيا كان السبب فى ذلك ولو كان هذا السبب هو القوة القاهرة. والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة، فإذا بذلت هذه العناية فلا خطأ ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

إثبات الخطأ العقدى :

الأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عندما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عينا ، فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام ، فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه فعليه هو أن يثبت ذلك ، وإلا حكم عليه بالتنفيذ العينى .

أما فى إثبات الخطأ العقدى فالأمر مختلف : الدائن يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عينا ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذى يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض ، فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه ، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتا للخطأ العقدى على النحو الذى أسلفناه .

ففى الالتزام بغاية كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، يثبت المشترى عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه ، فيثبت بذلك فى جانب البائع خطأ عقديا ، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما فى وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشترى فلم يستطع ، لأنه ملتزم بتحقيق غاية ولم يحققها . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت فى جانبه ومسئوليته العقدية متحققة وللبائع ، عندما يثبت المشترى عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً فيترك المشترى يثبت الخطأ العقدى على النحو الذى بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً فيثبت أنه قام بتنفيذ التزامه عينا ونقل ملكية المبيع إلى المشترى فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى .

وفى الالتزام بعناية ، كالتزام الطبيب بعلاج المريض ، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه — وهذا هو العقد مصدر الالتزام — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل فى علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت

على الطبيب إهمالا معيناً أو انحرافا عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك ، كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدى . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، مالم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتنعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية العقدية . وللطبيب هنا أيضا ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدى ، بل ينتقل من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينيا وبذل كل العناية المطلوبة منه فى علاج المريض[١] .

نظرية مهجورة — تدرج الخطأ :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدى إلى خطأ عمد وخطأ غير عمد . فالخطأ العمد يسأل عنه المدين فى أى العقود وفى جميع الأحوال .

---

(١) وهناك رأى آخر يذهب الى ان عبء الاثبات يقع على المدين ، سواء كان ذلك فى نطاق التنفيذ العينى أو كان فى نطاق المسئولية العقدية . فالدائن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام ، وعلى المدين بعد هذا ان يثبت انه قام بتنفيذ الالتزام ، فان عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العينى او بالتعويض . ويخلص من ذلك أن المدين فى المسئولية العقدية هو الذى يقع عليه عبء الاثبات ، أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه اثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك ان الخطأ التقصيرى هو اخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الاضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب فى ذمة الناس كافة . فمن المعقول أن نفرض انه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن ان شخصا بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدى فهو اخلال بالتزام عقدى مترتب فى ذمة مدين بالذات ، فعلى هذا المدين ان يثبت انه قام بتنفيذ التزامه طبقا للقواعد المقررة فى الاثبات ، والا لزم بالتنفيذ العينى اوبالتعويض. ومهما يكن من امر هذا الخلاف ، فان اثره محدود من الناحية العملية . ففى العمل يبدا الدائن باثبات مصدر الالتزام ، ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك ينتظر ان يثبت المدين انه نفذ الالتزام او حتى يعجز عن هذا الاثبات ، بل هو يبادىء المدين مقدما بما عنده من الادلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الادلة ، بل يتقدم بادلته هو ايضا ليثبت انه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بادلته ، والقاضى يوازن مابينهما ، ويحكم لمن ترجح أدلته ادلة الاخر . فان كان هو الدائن حكم له بالتنفيذ العينى اوبالتعويض ، بعد أن ثبت عنده ان المدين لم يقم بتنفيذ التزامه . وان كان هو المدين ، رفض طلب الدائن ، بعد أن ثبت ان المدين قد قام بتنفيذ الالتزام او برئت ذمته منه .

وينقسم الخطأ غير العمد إلى أقسام ثلاثة : (١) خطأ جسيم ، وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل ، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به . (٢) وخطأ يسير ، وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص معتاد . (٣) وخطأ تافه ، وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص حازم حريص . ثم تنقسم العقود إلى طوائف ثلاث : (١) عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم لأنه لا ينتفع بالعقد أصلا . (٢) وعقد لمنفعة المتعاقدين معا كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير لأنه ينتفع بالعقد هو والدائن على السواء . (٣) وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه لأنه ينتفع وحده بالعقد .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الرومانى ، وهى ليست منه بل هى من خلق القانون الفرنسى القديم . وهجرت فى القانون الحديث ، إذ هى منتقدة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم ، فالنظرية ليست صحيحة . فهى لا محل لتطبيقها فى الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدى فى هذه الطائفة من الالتزامات ليست إلا عدم تنفيذ الالتزام ، فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدى فى جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه ، وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيما ، أو تقصيراً يسيراً ، أو تقصيراً تافها ، بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطأه فى جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك ، فقلنا إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبى كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدى قائما لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنتفى بوجود السبب الأجنبى ، فتنعدم المسئولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ .

وأما من ناحية التدرج ، فالنظرية أيضا ليست صحيحة . فنحن حتى إذا

قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعا لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معا أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٣٧ هذه التقسيمات جملة واحدة ، فقال إن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معا ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم فى شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب فى جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد . وذلك هو أيضا شأن التقنين المدنى المصرى ، فقد جاءت المادة ٢١١ مدنى — وقد سبق ذكرها — واضحة كل الوضوح فى نفى نظرية تدرج الخطأ ، وفى أن الأصل أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد وإن كان يجوز الخروج على هذا الأصل بنص القانون أو بالاتفاق .

وقد نص القانون فعلا فى بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد ، كما رأينا فيما تقدم . كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل ، بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية أصلا إلا إذا ثبت فى جانب المدين غش أو خطأ جسيم ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

§ ٢ — تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق

الأصل هو الحرية فى تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق :

ولما كانت المسئولية العقدية مصدرها العقد ، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هى إذن أساس المسئولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هى التى أنشأت قواعد هذه المسئولية ، فإن لها أن تعدلها .

فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين فى تعديل قواعد المسئولية العقدية ، وذلك فى حدود القانون والنظام العام والآداب .

مبدآن فى جواز تعديل المسئولية العقدية بالاتفاق :

يمكن رد أحكام جواز التعديل الاتفاقى للمسئولية العقدية إلى مبدأين رئيسيين :

(المبدأ الأول) يقضى بحرية المتعاقدين فى التعديل من قواعد المسئولية العقدية . فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسئولية ، بأن يجعل المدين مسئولا عن السبب الأجنبى ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها ، بألا يجعل المدين مسئولا حتى عن تقصيره .

(المبدأ الثانى) يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسئولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو مايلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن الفعل العمد فى عدم تنفيذ التزامه العقدى ، لكان التزامه معلقا على شرط إرادى محض ، وهذا لا يجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد ، ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن فعل الغير ، حتى لو كان هذا الفعل عمدا أو خطأ جسيما ، فإن عمد الغير أو خطأه الجسيم لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض .

تطبيق المبدأين على الالتزام بغاية والالتزام بعناية :

تتدرج العناية المطلوبة من المدين فى تنفيذ التزامه العقدى تدرجاً ملحوظاً . وتدرج هذه العناية بحيث تتدرج المسئولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه ، هو القدر الذى يصلح للبقاء فى رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه

الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذى قامت عليه النظرية ، فهذا هو الذى ظهر فساده وكان السبب فى هجر النظرية . وبعد هـذا التمهيد نطبق المبدأين المتقدمى الذكر على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففى الالتزام بغاية ، كالتزام أمين النقل بنقل البضاعة سالمة أو الراكب سالما ، يبلغ مقدار العناية المطلوبة من أمين النقل الدرجة القصوى إذ يطلب منه دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، فلا تنتفى مسئولية المدين إلا فى حالة السبب الأجنبى . ويكون أمين النقل مسئولا عن الفعل العمد وعن أى خطأ — جسيما كان أو يسيراً أو تافها بل وعن الفعل مجرداً عن أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية حتى تشمل المسئولية عن السبب الأجنبى . وهذا ضرب من التأمين يلتزم به أمين النقل نحو صاحب البضاعة أو الراكب . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية فى أدنى صورة من صوره . فلا يكون أمين النقل مسئولا عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون أمين النقل مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافها . وقد يتدرج أمين النقل فى التخفيف من مسئوليته ، فيشترط إعفاءه من مسئوليته عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى ، لا يكون مسئولا إلا إذا أثبت الدائن فى جانبه العمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا فقط يستطيع أن يصل فى التخفف من مسئوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك كما قدمنا . وقد ورد نص تشريعى فى ضمان استحقاق البيع — وهو التزام بغاية — يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام ، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان ».

ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه « يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى » . وكذلك الأمر فى ضمان العيوب الخفية فى المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ مدنى على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه » .

وفى الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص ، هى عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المستأجر مثلا مسئولا فى حفظ العين المؤجرة عن السبب الأجنبى ، ولا عن الفعل المجرد عن الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولا عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد اتفاق خاص هذه المسئولية فيصبح المستأجر مسئولا عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد عن الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى إلتزام بغاية ، إذ يصبح المستأجر مسئولا عن تحقيق غاية هى رد العين المؤجرة سالمة ، ولا يتخلص من هذه المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى . وقد يشدد الاتفاق من مسئوليته إلى مدى أبعد ، فيصبح مسئولا حتى عن السبب الأجنبى ، وهذا ضرب من التأمين يقدمه المستأجر للمؤجر كما أسلفنا القول . وقد يتخفف المستأجر من مسئوليته باتفاق خاص ، فلا يكون مسئولا عن الخطأ اليسير . ويبقى دائماً مسئولا عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسئولية عنهما ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير(١) .

---

(١) ويقع ان تشترط شركة اعفاءها من المسئولية العقدية عن الغش او الخطا الجسيم الصادر من مديرها ، فتجب ملاحظة أن مدير الشركة لايعتبر وكيلا عنهـا ، بل يعتبر اداة organe لها . ومن ثم تكون مسئولية الشركة عن فعلية مسئولية عن فعل شخصى لا عن فعل الغير ، فلا يجوز اذن للشركة أن تعفى نفسها من المسئوليـة عن الغش أو الخطا الجسيم الصادر منها او من مديرها ، فهـذا وذاك بمنزلة سواء . وتستطيع شركات النقل ان تعفى نفسها من المسئولية عن السرقات التى يرتكبها عمالها ، اذ أن هذا يعتبر اعفـاء من المسئولية عن فعل الغير ، ولكن هذا الشرط اذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط اذعان يجوز للقاضى ابطاله .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى الالتزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى إلتزام بغاية ، وأن المهم فى كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبى ، إلى الفعل المجرد عن الخطأ، إلى الخطأ التافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، بتدرج المدين فى مسئوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق ، ولا يقف دون ذلك هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية .

المطلب الثانى

الضرر

الضرر المادى والضرر الأدبى — مدى التعويض عن الضرر :

يعوض المدين الدائن ما أصابه من ضرر مادى وضرر أدبى ، ولكن لا يعوضه فى المسئولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع . فعندنا مسألتان : (١) الضرر المادى والضرر الأدبى (٢) مدى التعويض عن الضرر .

§ ١ — الضرر المادى والضرر الأدبى

الضرر المادى :

يجب التعويض عن كل ضرر مادى حال ، أو ضرر مستقبل إذا كان محقق الوقوع .

فإذا لم يقع ضرر أصلا ، فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب فى الوصول فى الميعاد المحدد قد لا ينجم عنه أى ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهنا لمصلحته ،

فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا تعويض الموكل إذ لم يلحقه ضرر .

أما إذا وقع الضرر وكان حالا ، وجب التعويض عن كل خسارة تحملها الدائن وعن كل ربح فاته . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات فيخل المورد بالتزامه ، فيضطر المصنع إلى شراء هذه الخامات من جهة أخرى بثمن أعلى ، فالفرق فى الثمن خسارة تحملها المصنع يرجع بها على المورد . وقد يترتب على تأخر توريدات الخامات للمصنع أن تفوته صفقات كان يستطيع عقدها لو أن الخامات لم تتأخر ، فالربح الذى كان يعود على المصنع من هذه الصفقات ربح فاته فيرجع به على المورد .

وقد لا يقع الضرر فى الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع فى المستقبل . فإذا تعاقد المصنع على استيراد خامات لا لصنعها فى الحال بل ليدخرها للمقبل من الأيام ، فيخل المورد بالتزامه ، فالضرر هنا لا يلحق المصنع فى الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلا حينما ينفد ما عنده من الخامات ويصبح فى حاجة إلى الجديد الذى تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر فى هذا المثل محقق الوقوع فى المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فورا بالتعويض على المورد . ويحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لم يعرف بعد . مثل ذلك راكب يصاب بحادث أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض وجب التربص حتى يعرف مدى الضرر فيتقاضى عنه التعويض الواجب .

وقد يكون الضرر محتملا ، لا هو قد تحقق فعلا ولا هو محقق الوقوع فى المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين ، فالخلل ضرر حال ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً ، أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق .

الضرر الأدبي :

وقوع الضرر الأدبي في المسئولية العقدية ، على خلاف المسئولية التقصيرية ، نادر ، إذا الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل،لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه.والطبيب إذا أساء علاج المريض ، أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يذيع الطبيب سرا للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله مايؤذيه في اعتباره . والناشر إذا نشر كتابا لمؤلف فشوهه ، قد لايصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والقطار إذا تأخر في الوصول عن ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب .

ويوجب القانون التعويض عن الضرر الأدبي كالتعويض عن الضرر المادي . ولكن لا ينتقل حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير من محال له أو وارث ، إلا إذا تحدد الضرر بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ٢٢٢ مدني)

§ ٢ — مدى التعويض عن الضرر

الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسئولية العقدية :

الضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلا ، لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية التقصيرية ، فلا يعوض إذن في كلتا المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر . ولكن في المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعا

كان أو غير متوقع . أما فى المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم ، إذ فى هاتين الحالتين يعوض عن كل ضرر مباشر ولو غير متوقع .

وتأتى بمثال يوضح ذلك : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، ويتلف بعض المفروشات فى أثناء النقل ، ثم يكون فى المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينقل إليه هذا المرض . فالفرق فى الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع ، وقيمة المفروشات التى تلفت هى الضرر المباشر غير المتوقع ، وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، مالم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولا أيضا عن الضرر المباشر غير المتوقع كما فى المسئولية التقصيرية . ولا يكون المؤجر مسئولا عن الضرر غير المباشر أصلا ، حتى لو كانت مسئوليته تقصيرية لا عقدية .

ما الذى يبرر رفض التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع :

ويقال عادة فى تبرير قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر ، فالضرر غير المتوقع لا يدخل فى دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش — أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم — فى جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . وينتقد بعض الفقهاء فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولا بالعقد ، حتى لو كان سيء النية فى عدم تنفيذه .

ونرى أن نتلمس مبررا للقاعدة فى الاعتبارات الآتية : الأصل فى

المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإرادة المتعاقدين هى التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلا فى حالتى غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين فى هاتين الحالتين ملتزما بالتعويض عن كل الضرر المباشر ، متوقعا كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الضمنى الذى يعدل من مقدار المسئولية . وهذا الرأى يقلب المسألة من أساسها . فالأصل فى المسئولية العقدية ، كالأصل فى المسئولية التقصيرية ، أن يكون التعويض عن كل ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع . إلا أن المسئولية العقدية تفرض وجود شرط ضمنى يعفى من المسئولية عن الضرر غير المتوقع ، وهذا الشرط الضمنى يكون باطلا فى حالتى الغش والخطأ الجسيم ، ففى هاتين الحالتين نعود إلى القاعدة العامة بعد إبطال الشرط الضمنى فيكون المدين مسئولا حتى عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم تكون القاعدة فى المسئولية العقدية هى التعويض عن الضرر غير المتوقع ، والاستثناء هو عدم التعويض ، وليس العكس .

تحديد الضرر المباشر والضرر المتوقع :

بقى أن نحدد ما هو الضرر المباشر وما هو الضرر المتوقع :

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثه ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

فإذا باع شخص من آخر بقوة موبوءة ، فأعدت مواشى المشترى ، وماتت وماتت معها سائر المواشى ، فلم يتمكن المشترى من زراعة أرضه ، فأعوزه المال ولم يستطع الوفاء بديونه ، فحجز الدائنون على أرضه وباعوها بثمن بخس ، فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضا : موت البقرة الموبوءة، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . فحتى نحدد من هذه الأضرار ما هو المباشر وما هو غير المباشر ، نطبق المعيار سالف الذكر . فنرى البقرة الموبوءة وقد نفقت بعد أن أعدت سائر المواشى فنفقت هى أيضا، أكان المشترى يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر فى ذلك إلى الظروف الملابسة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك. فتعتبر هذه الأضرار أضرارا مباشرة. أما العجز عن الزراعة ، وعن وفاء الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان فى وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان فى استطاعته أن يستأجر مواشى أخرى لزراعة أرضه ، أو أن يؤجر الأرض ذاتها لغيره، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التى أصابته من جراء موت المواشى ، ومن ثم تعتبر هذه الأضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها(١) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بما يأتى : « اذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار والذى كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة من الحادث ، كأن يقال ان هذا الوابور كان معـدا للتركيب على بئر ارتوازية ، وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان ايضا متعهدا بان يروى الاطيان المجاورة فلم يروها لهذا الحادث فطالبه أصحابهـا بتعويض ، ثم أنه لم ينتفع ايضا بالارض التى حفر البئر فيها وبالارض التى أعدها لوضع الوابور ... الخ .. الخ » (٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧) — وقضت محكمة النقض بانه اذا حمـل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها عن سحب رخصة من متجر بالآثار ، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجرا بغير رخصة وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وازالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هـذه الاضرار ، فقضاؤه صحيح قانونا (٩ ابريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤) . وظاهر ان كل هذه اضرار مباشرة ، لان صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول .

بقى تحديد ماهو الضرر المتوقع . ويجب فى تحديده أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لافى سببه فحسب ، بل أيضا فى مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل « طرد » ، ثم ضاع الطرد فى الطريق ، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، لم تكن الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد سبب ضياع الطرد . بل لاتكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد ، إذ هى لاتسأل إلاعن الضرر الذى كانت تتوقعه فى سببه وفى مقداره ، وذلك وقت إبرام العقد لا بعد ذلك . وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى ، فالضرر الذى كان يمكن توقعه عادة ، أى الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لاالضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات ، هو الذى يكون محل الاعتبار . فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ،فإن الضرر يعتبر متوقعا ، لأن الشخص المعتاد لايهمل تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين الضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن الطرد يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره ، فإن الشركة لاتكون مسئولة عن هذا الضرر إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلا على تعريفة مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت الدائن عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر فى بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معذورا إذا لم يتوقعه . فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيشترك فى سباق أو سيؤدى امتحانا أو سيحضر اجتماعا هاما أو سيمضى عقدا أو سيتقدم فى مزاد أو نحو ذلك من الأعمال العاجلة التى يجب أن تتم فى وقت محدود ، فلا يكون أمين النقل مسئولا عما يقع من

ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخرا عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن التأخر فى الظروف المعتادة . أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبى عنهما معا ، فإن المعيار الموضوعى للشخص المعتاد هو الذى ينطبق فى هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أولا يتوقعه .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

عبء الإثبات :

لا يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضا أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر. فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب فى هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التى ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث لا تتكسر حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذى أصاب الدائن فى هذه الحالة غير ناشىء من خطأ المدين ، بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذى يكلف بنفى هذه العلاقة ، إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه ، لا على الدائن . فى المثال المتقدم لا يتخلص عامل النقل من المسئولية إلا إذا أثبت أن صاحب البضاعة قد أهمل فلم يصف البضاعة بحث يأمن عليها من الكسر لو كانت السرعة معتادة .

والمدين لايستطيع نفى علاقة السببية إلا باثبات السبب الأجنبي ، وذلك بان يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى خطأ الغير . ونبحث كلا من هذه الأنواع الثلاثة للسبب الأجنبى .

§ ١ — القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

القوة القاهرة والحادث الفجائى شىء واحد :

يذهب بعض الفقهاء إلى التميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ، ولكنهم لايتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .

فنهم من يقول إن القوة القاهرة هى الحادث الذى يستحيل دفعه ، أما الحادث الفجائى فهو الحادث الذى لايمكن توقعه . فيكفى إذن أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع ، ولا يلزم اجتماع الخصيصتين . ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثا لامستحيل الدفع فحسب بل أيضا غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث الفجائى يجب أن يكون حادثا لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضا مستحيل الدفع ، ولا يكفى وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية .

ومن الفقهاء من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين ، ولكن يميز فى خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائى . ولكن هذا التميز لايقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة فى كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التميز على أساس آخر ، فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائى حادثا مستحيل الدفع غير ممكن التوقع . ولكن القوة القاهرة

تكون حادثا خارجيا عن الشيء الذى تتحقق به المسئولية كعاصفة أو زلزال، والحادث الفجائى حادث داخلى ينجم عن الشيء ذاته كانفجار آلة أو انكسار عجلة. ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هى التى تمنع من تحقق المسئولية، ما الحادث الفجائى فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته. وهذا الرأى لا يجوز التسليم به أيضا، لأن من المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائى تنعدم به رابطة السببية.

والصحيح أن القوة القاهرة والحادث الفجائى شيء واحد، وإذا كان التعبيران مختلفين فإن أحدهما يكمل الآخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث الفجائى يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع.

الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث الفجائى :

ويبقى أن نفصل الشروط التى يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة أو حادثا فجائيا. وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى يجب أن يكون حادثا غير ممكن التوقع ويكون فى الوقت ذاته مستحيل الدفع.

فيجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثا فجائيا. ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل أيضا من جانب أشـد الناس يقظة، فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى، بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادى ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا. وعدم إمكان التوقع يكون وقت إبرام العقد، فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع فى هذا الوقت كان هذا كافيا، حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ.

ويجب أن يكون الحادث أيضا مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث

حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثا فجائيا . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وأن تكون الاستحالة مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون فى موقف المدين . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا فى نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلا .

تطبيقات عملية :

ونورد بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين ، فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل توقعه ولا يستطاع دفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ماخلفته الحرب من أحداث واضطرابات . فإذا هاجم العدو بلداً ودخلها فاتحا وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ فى جانبه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سببا فى تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ ، أو وقوع زلزال ، أوحريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أوحدوث مرض طارىء ،

أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما إذا انفجرت آلة أو انكسرت عجلة ، أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ، أو اعترضها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع .

أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى :

وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، فلا تتحقق المسئولية كما قدمنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، فيتفقا على أن ذلك لا يخلى المدين من التزامه ، أو يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه إذا وقع حادث معين كالإضراب أو الحرب ، وفى هذا ضرب من التأمين يتلمسه الدائن من المدين كما قدمنا .

§ ٢ — خطأ المضرور

وضع المسألة :

الكلام فى خطأ المضرور إنما يكون إذا وقع من المدعى عليه خطأ ووقع فى الوقت ذاته خطأ من المضرور . أما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ أصلا وكان الخطأ هو خطأ المضرور وحده ، فليس هناك مسئول لأن المضرور

هو الذى ألحق بنفسه الضرر . كذلك إذا وقع من المدعى عليه خطأ ولم يقع من المضرور خطأ ، فالمسئول وحده هو المدعى عليه . ومجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ ليس من شانه أن يخفف من مسئولية المدعى عليه ، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهسه القطار او السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهسته السيارة ، ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه . وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ ، أى إذا انحرف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرورخطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شان فى إحداث الضرر ، وجب أن نعرف إلى أى حد يؤثر خطأ المدعى عليه . وهنا يجب التميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بق كل من الخطأين غير مستغرق للخطأ الآخر فتكون منهما خطأمشترك .

استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر :

إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذى استغرق خطأ المضرور ، كانت مسئولية المدعى عليه كاملة لايخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذى استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسئولية المدعى عليه تنتفى لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فى حالتين : (الحالة الأولى) إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيرا فى جسامته الخطأ الآخر . (والحالة الثانية) إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

فنى الحالة الأولى ، لايتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا فى صورتين : (١) إذا كان أحد الخطأين خطأ عمديا والخطأ الآخر غير عمدى ، فيكون المدعى عليه أو المضرور أراد إحداث الضرر متعمدا أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذى أراد إحداث الضرر متعمدا ، كانت مسئوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل فى إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذى نقف عنده سببا لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفا استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس راكبا فيها مكفوف البصر وهو ينزل منها دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته ، ذلك أن السائق قد تعمد دهس المضرور ، ولم يكن خطأ المضرور وهو نزوله من السيارة دون قائد مع أنه مكفوف البصر إلا ظرفا استغله السائق فى تنفيذ غرضه . أما إذا كان المضرور هو الذى تعمد لحاق ضرر بنفسه ، فقد استغرق خطأه خطأ المدعى عليه ، وانتفت مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصا أراد الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة تجاوز الحد المفروض قانونا ، فهو وحده الجانى على نفسه ، ولا يجوز أن يحتج — هو إذا نجا أو ورثته لو مات — بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمده الانتحار هو وحده الذى نقف عنده سببا لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفا استغله المضرور لتنفيذ قصده [1] . (٢) إذا رضى المضرور بما وقع

---

(١) وتدق المسألة لو ان كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد احداث الضرر ، كما اذا دفع مصاب بمرض مستعص طبيبا فى أن يخلصه من حياته . فانا لم نقل فى هذه الحالة بانتفاء خطأ الطبيب لاستغراقه بخطأ المريض ، جاز القول بانتفاء الضرر ذاته ، فان الطبيب لم يحدث ضررا بمريض خلصه من حياة شقية .

على أنه اذا استقلت نية المدعى عليه فى احداث الضرر عن نية المضرور فى الحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك اتفاق بين الطرفين ، فالظاهر ان خطأ المدعى عليه العمدى هو الذى يبقى قائما ، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور العمدى ، وتتحقق مسئولية المدعى عليه كاملة.

عليه من الضرر . ورضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده ، كما يقع ذلك في المبارزة . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ، فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بانه رضى بهذا الضرر . والذى يعنينا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى بالضرر ، فلا يعلو إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يزال المدعى عليه خاطئا حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالمهندس إذا نفذ تصميما معيبا يكون مخطئا حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر يعد خطأ منه ، ففى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن فى الخطأ المشترك ، فينظر فى كل حالة هل كان المضرور مخطئا عندما رضى بالضرر . ويكون فى أكثر الأحوال مخطئا ، فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك السائق يسوقها وهو فى حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد رضاؤه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . وفى بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور فى رضائه بالضرر حدا من الجسامة يكون من شانه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفى المسئولية لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذى يرضى عن بينة ينقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشىء على صاحب المهربات .

وفى الحالة الثانية ، قد يكون خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، فيستغرق الخطأ الثانى الخطأ الأول ، ويعتبر خطأ المدعى عليه وحده هو الذى أحدث الضرر ، فتكون مسئوليته مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص سيارة يسير سائقها بسرعة فائقة ، فاندفع الراكب بدافع الفزع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماسا للنجاة فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ

المدعى عليه ، واستغرق خطأ السائق خطأ الراكب وتحققت مسئولية السائق كاملة . أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذى يستغرق خطأ المدعى عليه ، فلا تتحقق المسئولية لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة راكبا فيها نزل فجأة من السيارة وهى تسير ، فإن خطأ الراكب يستغرق خطأ السائق المفروض فى جانبه ، وتنعدم رابطة السببية فلا تتحقق مسئولية السائق .

عدم استغراق أحد الخطأين الخطأ الآخر — الخطأ المشترك .

فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بل بقيا متميزين كل منهما اشترك فى إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان ، خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune). والتعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركا ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما كما رأينا خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثانى ارتكبه الآخر ، ولكنهما اشتركا معاً فى إحداث الضرر .

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، إذ لولاه لما وقع هذا الضرر . ومن ثم تكون المسئولية بالتساوى بين المضرور والمدعى عليه ، ويكون كل منهما مسئولا عن نصف الضرر . ولو كان المدعى عليه شخصين لاشخصا واحدا ، كانا هما والمضرور مسئولين جميعاً بالتساوى ، فيرجع المضرور على كل من المدعى عليهما بثلث الضرر ، ويتحمل هو الثلث الباقى بسبب خطأه . على أن القضاء جرى على توزيع المسئولية على أساس جسامة الخطأ الذى صدر من كل من المسئولين ، فلا يلجأ إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ . مثل ذلك شخص يصاب ويكون المسئول عن الإصابة مسئولا مسئولية عقدية له فيهمل فى علاج نفسه ، فيزيد من الضرر الذى يحدث له ، فيقسم

القاضى المسئولية بحسب جسامة خطأ كل من المدعى عليه والمضرور. ومثل ذلك أيضا شخص يخرب منزلا استأجره فيجعله غير صالح للسكن ، فيهمل صاحب المنزل فى إصلاحه وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة . ولكن المضرور لا يتحمل إلا نتيجة خطأه هو . فلا يتحمل نتيجة خطأ الغير فى زيادة الضرر. فإذا أحدث شخص كسرا فى عظام شخص آخر وكان مسئولا عن ذلك مسئولية عقدية ووقع من المعالج خطأ فى جبر الكسر تسبب عنه زيادة الضرر ، فالمضرور لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضاً عن زيادة الضرر ، وللمسئول أن يرجع على المعالج بهذه الزيادة .

§ ٣ — خطأ الغير

وضع المسألة :

نستبعد هنا أيضا ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإذا كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائى فلا يكون أحد مسئولا .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك فى إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير ، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير فى مسئولية المدعى عليه . ويشترط هنا ، كما اشترط فى فعل المضرور ، أن يكون فعل الغير خطأ له شأن فى إحداث الضرر فإن لم يكن فعل الغير خطأ ، فليس له أثره فى مسئولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول مسئولية كاملة . فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ ، أى انحرافا عن السلوك المألوف للرجل

المعتاد ، ولا بد أيضاً أن يكون خطأ الغير له شأن فى إحداث الضرر وإلا ما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر(١) .

استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر

إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر — كما بينا فى صدر الكلام فى خطأ المضرور — إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه فى خطأ المضرور من أن رضاءه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضا المضرور لخطأ المدعى عليه فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاء الغير .

عدم استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر — تعدد المسئولية

فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقى الخطآن قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب فى إحداث الضرر . وهذه هى حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر فى إحداث الضرر ، فاصبح المسئول أكثر من شخص واحد . فتنقسم المسئولية بين المسئولين المتعددين بحسب

---

(١) ويجب الا يكون الغير الذى ارتكب الخطا من بين الاشخاص الذين يعتبر المدعى علية مسئولا عنهم فلو كان هذا الغير ولدا للمدعى عليه او تلميذا او تابعا ، فلا يكون للخطا الصادر منه أثر فى مسئولية المدعى عليه نحو المضرور ، لان المدعى عليه مسئول فى النهاية عن خطا هذا الغير .

وليس من الضرورى أن يكون الغير معروفا، فقد يقوم الدليل على ان الحادث كان من بين اسبابه خطا صدر من شخص ثالث ، وقد هرب دون ان يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثرا فى مسئولية المدعى عليه ، بل يجوز ايضا ان يستغرقها .

جسامة خطأ كل منهم ، فإن لم يكن فى الاستطاعة تحديد جسامة الخطأ قسمت المسئولية بالتساوى على عدد الرؤوس. وإذا كانت المسئولية تقصيرية لاعقدية كان المسئولون المتعددون متضامنين فى المسئولية .

فإذا دهست سيارة راكبا فيها، اضطر لأن يقذف نفسه منها لأن السيارة اعترض طريقها فجأة شخص من المارة فانحرفت عن الطريق وانقلبت، فإن سائق السيارة يكون مسئولا هو والغير بحسب جسامة خطأ كل منهما نحو الراكب ، إلا إذا كان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر فيكون صاحب الخطأ المستغرق هو المسئول وحده . ويستطيع السائق التخلص من المسئولية إذ هو أثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة بالنسبة الى السائق فيتخلص من المسئولية . وفى هذه الحالة يرجع الراكب على الغير الذى كان خطأه هو السبب فى إحداث الضرر ، ويكون الغير مسئولا مسئولية كاملة عن التعويض ، وتكون مسئوليته تقصيرية لاعقدية .

المبحث الثانى

المسئولية العقدية فى الفقه الإسلامى

محاولة استخلاص نظرية فى المسئولية العقدية فى الفقه الإسلامى :

لا يمكن القول إن هناك نظرية فى المسئولية العقدية فى الفقه الإسلامى على النحو الذى رأيناه فى الفقه الغربى . وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسئولية العقدية فى الفقه الغربى من الأحكام المقررة فى الفقه الإسلامى ، وهذا هو شأننا فى المقابلات التى نجريها ما بين الفقهين .

ومن ثم نبحث مسائل ثلاثا هى التى سبق بحثها فى الفقه الغربى :
(١) الخطأ العقدى (٢) الضرر (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

المطلب الأول
الخطأ العقدى فى الفقه الاسلامى

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية فى الفقه الاسلامى :

يمكن القول فى الفقه الإسلامى ، كما أمكن القول فى الفقه الغربى ، بأن المدين إذا لم يقم بتنفيذ العقد كان هذا هو الخطأ العقدى ، ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ العقد ناشئا عن عمده أو عن إهماله أو عن فعله .

ويمكن القول كذلك إن الفقه الإسلامى يتسع للتمييز بين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بنقل الملك أو بنقل المنفعة أو بتسليم العين ، وبين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بالمحافظة على العين المودعة أو العين المؤجرة أو العين المعارة .

فنبحث هذين النوعين من الالتزام فى الفقه الإسلامى .

§ ١ — الالتزام بتحقيق غاية فى الفقه الإسلامى

كيف يتصور الالتزام بتحقيق غاية فى الفقه الاسلامى :

ومن الممكن أن نتصور وجود التزام بتحقيق غاية فى الفقه الإسلامى ، فيكون التزاما تنفيذه لايتم إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام . فالتزام البائع بنقل الملك إلى المشترى لايتم إلا إذا انتقل الملك فعلا إلى المشترى . ومهما كانت الأسباب التى تحول دون انتقال الملك ، فإنه إذا لم ينتقل لا يكون البائع قد قام بالتزامه ، ومن ثم يكون هناك خطأ عقدى . كذلك التزام المؤجر بنقل المنفعة إلى المستأجر التزام بتحقيق غاية ، لايتم إلا بنقل المنفعة

فعلا إلى المستأجر . والالتزام بتسليم عين معينة بالذات لا يتم تنفيذه إلا بتسليم هذه العين .

ويحسن نظراً لجدة هذه المسألة فى الفقه الإسلامى ، بل ولجدتها فى الفقه الغربى ذاته فإنها نظرية ظهرت فى هذا الفقه فى وقت متأخر ، أن نذكر فى شىء من الاستقصاء عدداً من الالتزامات التى يمكن تصورها فى الفقه الإسلامى على أنها التزامات بتحقيق غاية .

فنذكر من ذلك : (١) التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه (٢) التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب (٣) التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة (٤) التزام المؤجر بضمان الاستحقاق وبضمان العيب (٥) الالتزام بالتسليم (٦) الالتزام بالقيام بعمل معين .

ونبحث كلا من هذه الالتزامات .

التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه :

التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه التزام بتحقيق غاية ، فما لم يقبض المشترى المبيع لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه ، مهما كانت الأسباب التى حالت دون القبض . فإذا هلك المبيع ، ولو بسبب أجنبى ، امتنع على البائع أن يسلم المبيع واعتبر مخلا بالتزامه ، وانفسخ البيع ، وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع .

جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٣ ص ٩) : « قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن ، والعقار فى هذا كالمنقول ، حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك ، سقط الثمن » .

ونرى من ذلك أن البائع لا يعتبر أنه قد نفذ التزامه من نقل الملك والتسليم إلا إذا قبض المشترى المبيع ، فعند ذلك تبرأ ذمة البائع ، وتكون تبعة الهلاك على المشترى . وتقول المادة ٢٩٤ من المجلة فى هذا الصدد : « إذا هلك المبيع بعد القبض ، هلك من مال المشترى ولا شىء على البائع » . وقبل ذلك

تقول المادة ٢٩٣ من المجلة : « إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى ، يهلك من مال البائع ولاشىء على المشترى » . ويقول الأستاذ سليم باز (ص ١٥٠) تعليقاً على هذا النص الأخير . « إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل نفسه كما إذا كان حيوانا فقتل نفسه أو أتلف بعضه البعض الآخر . بطل البيع ، ورجع المشترى بالثمن إن كان قد دفعه إلى البائع . وإن كان بالثمن كفيل بإذن المشترى ، وكان الكفيل قد أدى الثمن ، ثم هلك المبيع قبل القبض ، فإن الكفيل يرجع على المشترى لا على البائع ، ثم يرجع المشترى على البائع » .

التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب :

يلتزم البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ، وهذا الالتزام بالضمان التزام بتحقيق غاية ، فمتى استحقت العين أو ظهر بها عيب يوجب الضمان التزم البائع بالضمان أيا كانت الأسباب التى أدت إلى ذلك ولو لم يكن للبائع فيها يد . ذلك أن التزامه هو ألا تستحق العين وألا يكون فيها عيب ، فإن وقع شىء من ذلك فقد أخل بالتزامه ولم يحقق الغاية المقصودة . والضمان هنا يكون بفسخ البيع ، ولا يعوض المشترى بأكثر من رد الثمن إليه ، فلا يعوض عن خسارة تحملها أو عن ربح فاته ، لأن نظرية الضرر الواجب التعويض عنه فى الفقه الإسلامى لا تتسع لمثل هذا التعويض[1] .

---

(١) جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٢٣) : « اشترى كرما وعمل فيه حتى أدرك العنب والثمر ، ليس له أن يأخذ شيئا كما يعمل الأكار ، وليس له أن يطلب أجر العمل ، لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد ، وهو ما كان أكارا بل كان عاملا لنفسه ، من مشتمل الاحكام . اشترى عبدا وأعتقه بمال أخذه منه ، ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على المعتق . هذا قول أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، وأصله غصب عبدا فآجر العبد نفسه ، فأخذ الغاصب الأجر من العبد وأكله ، ويضمن عنده خلافا لهما » . وجاء أيضا فى مجمع الضمانات (ص ٢٢٥) : « لو استحقت الأرض وقد أدى المشترى خراجها لا يرجع بالخراج على البائع » وجاء فى ص ٢٤١ « لو اشترى طاحونة فكانت فى يده مدة ، ثم استحقها رجل ، فليس له أن يطالب بغلات الطاحونة ، لأنه ليس من أجزاء المبيع ، بل كسبه وفعله » .

أمثلة لضمان الاستحقاق : لو اشترى عبداً فقبضه فوهبه من آخر أو تصدق به على رجل ، ثم جاء رجل واستحقه من يد الموهوب له أو من يد المتصدق عليه ، كان للمشترى أن يرجع بالثمن على بائعه . ولو اشترى عيناً وباعها من آخر وأبرأه من الثمن ، لايرجع المشترى عليه ، وله أن يرجع على بائعه ، وقال القاضى بديع ليس له أن يرجع . أقر بعين صريحاً أنها لفلان ، ثم اشتراها منه ، ثم استحقت ، فالأصح أنه يرجع بالثمن على بائعه ، وقيل لايرجع ، والمنصوص هو الأول . رجل اشترى جارية وقبضها ووهبها من رجل ، ثم اشتراها من الموهوب له فولدت له ولداً ، فاستحقها رجل ، فإن المشترى يرجع على البائع وهو الموهوب له بالثمن وبقيمة الولد لأنه مغرور . رجل اشترى داراً وهو يعلم أنها لغير البائع ، وقال البائع وكلنى صاحبها بالبيع ، فهذا وما لو اشترى من مالكها سواء . ولو قال البائع إن صاحبها لم يأمرنى بالبيع لكن أرجو أن يرضى ، فلم يرض حين اشتراها وهو قد بنى ، لا يرجع بشىء لأجل البناء .

أمثلة لضمان العيب : رجل اشترى بعيراً فقبضه ، ثم وجد به عيباً فذهب به إلى البائع ليرده ، فهلك فى الطريق ، فإنه يهلك على المشترى ، ثم إن المشترى إن أثبت العيب يرجع بنقصان العيب . لو اشترى عبداً ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات عند المشترى ، فإنه لايرجع بالثمن ، لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف إلى السابق ، لكن يرجع بنقصانه كما ذكره الزيلعى وكذا فى الأشباه .

(أنظر فى كل ماتقدم مجمع الضمانات ص ٢٢٨ و ص ٢٣٢ و ص ٢٣٥ و ص ٢٣٩ و ص ٢٤٣) .

التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة :

والتزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر هو أيضاً التزام بتحقيق غاية ، فلا يكفى أن يبذل المؤجر جهده فى نقل هذه المنفعة إلى المستأجر ، بل

يجب نقلها فعلا إليه . ولما كانت المنافع معدومة فى الحال ، لذلك قالوا إن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة . والذى يجب على المؤجر حتى يتم تنفيذ التزامه هو تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة وإن لم تستوف حقيقة .

فلو أن المستأجر لم يتمكن من استيفاء المنفعة من المأجور ، أيا كانت الأسباب ولو كانت لا ترجع إلى فعل المؤجر أو كانت سبباً أجنبياً ، فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه ، لأن تحقيق الغاية فعلا — أى تمكين المستأجر من الانتفاع — هو المعتد به فى هذا الالتزام .

ومن تطبيقات ذلك ما جاء فى المادتين ٤٧٧ و٤٧٨ من المجلة . فقد نصت المادة ٤٧٧ على أن « تسليم المأجور شرط فى لزوم الأجر ، فلا تلزم الأجرة إلا من وقت التسليم . فعلى هذا ليس للآخر مطالبة اجرة مضت قبل التسليم ، وإن انقضت مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق الآجر شيئاً من الأجرة » . ونصت المادة ٤٧٨ من المجلة على أنه « لو فات الانتفاع بالمأجور كلية سقطت الأجرة . مثلا لو احتاج الحمام إلى الترميم وتعطل فى أثناء ترميمه ، تسقط حصة تلك المدة من الأجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت ، يسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستأجر من بيت الرحى بغير الطحن فيلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة » . ويقول الأستاذ سليم باز (ص ٢٦٧ — ص ٢٦٨) فى التعليق على هذا النص ما يأتى : « وكذا لو استأجر حماما فانقطعت ماؤه مدة ، أى فيسقط من الأجر حصة تلك المدة . ومثله لو استأجر حماما فى قرية ، فنفر الناس ووقع الجلاء ومضت المدة ، سقط الأجر عنه ، وإن نفر بعض الناس فلا (در مختار) .. وكذا لو طفت مياه الرحى فعطلته عن الطحن مدة ، ومثله لو استأجر ارضا لا تسق إلا بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر وإن لم تنفسخ

الإجارة فى الأصح (خانية) . كما لو استأجر أرضاً بشربها فانقطع الماء عنها أو سال عليها حتى لا يتهيأ له الزراعة ، فلا أجر عليه لعدم التمكن من الانتفاع (مجمع الأنهر) . وفى الخيرية استأجر أرضاً لزرع التتون بشربها من صهريج مائها ، فانهدم الصهريج وغار ماؤه ، فلا شىء على المستأجر لفوات التمكن من الانتفاع . . . إذا هلك الزرع الذى زرعه فى الأرض المستأجرة ، ولم تبق مدة يتمكن فيها من إعادته ، فعليه الأجر لما مضى ، ولا أجر عليه فى المدة الباقية (حامدية) » .

التزام المؤجر بضمان التعرض وبضمان العيب :

ولا يكفى أن ينقل المؤجر المنفعة للمستأجر ، بل يجب عليه أيضا أن يضمن له دوامها ، فيضمنها من عيب يفوت على المستأجر المنفعة المقصودة ، ومن تعرض الغير للعين المأجورة تعرضا يحول بينه وبين التمكن من المنفعة . وهذان الالتزامان — ضمان العيب وضمان التعرض — التزامان بتحقيق غاية . فإذا وجد عيب بالمأجور ، أيا كان سببه ولو لم يكن بفعل المؤجر أو بعلمه ، فقد عجز عن تحقيق الغاية المقصودة ، فالتزم بالضمان . كذلك لو تعرض الغير للمأجور ، ولو بغير علم المؤجر ، كان هذا ضامناً لأن الغاية تخلفت ، ومجرد تخلف الغاية إخلال بالالتزام .

وقد ورد فى المجلة فى شأن ضمان العيب المادة ٥١٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : « العيب الموجب للخيار فى الإجارة هو ما تفوت معه بالكلية أو تختل معه المنافع المقصودة ، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ، ومن الرحى بانقطاع مائها ، أو كاختلالها بهبوط سطح الدار ، أو بانهدام محل مضر بالسكنى ، أو بانجراح ظهر الدابة ، فهذه كلها من العيوب الموجبة للخيار فى الإجارة . وأما النواقص التى لا تخل بالمنافع ، كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر ، وكانقطاع عرف

الدابة وذيلها ، فليست موجبة للخيار فى الإجارة . » ونصت المادة ٥١٥ من المجلة : « لو حدث فى المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة ، فإنه كالموجود وقت العقد » . وهذا بخلاف العيب فى البيع ، فلو حدث بعد القبض فى يد المشترى ، فلا ضمان على البائع . والسبب أن المنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً ، فإذا وجد عيب قبل تجددها ، كان بمثابة عيب وجد قبل قبض المبيع . ونصت المادة ٥١٦ من المجلة : « لو حدث فى المأجور عيب ، فالمستأجر بالخيار ، إن شاء استوفى المنفعة من العيب وأعطى تمام الأجرة ، وإن شاء فسخ الإجارة » .

وورد فى مرشد الحيران فى شأن ضمان التعرض ما يأتى : م ٦٥١ : « إذا عرض فى مدة الإجارة مايمنع الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأية وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت الأجرة من المستأجر . ولو عرض ذلك فى بعض المدة ، سقطت الأجرة بقدره » . م ٦٥٢ : « إذا قصر المستأجر فى رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكنا له ، فلا تسقط عنه الأجرة ، ولو أمكنه ذلك بإنفاق مال ، لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة » .

الالتزام بالتسليم :

التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، والتزام من تسلم عيناً على سوم الشراء بردها إلى المالك ، كل هذه التزامات بتحقيق غاية ، فما لم تسلم العين لصاحب الحق فيها ، كان المدين مخلا بالتزامه أيا كانت الأسباب التى حالت دون ذلك ولو كانت القوة القاهرة . فلو هلك المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه إلى المشترى ، أو غصب من البائع ، فهو على البائع لأن عليه تسليم المبيع إلى المشترى كما سبق القول . ولو هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، أو هلكت العين المسلمة

على سوم الشراء[1] ، لم يخل الهلاك المؤجر أو القابض على سوم الشراء من التزامه بالتسليم ، ومن ثم يكون الهلاك عليهما .

والمبيع فى يد المشترى ببيع باطل أمانة عند البعض لأن العقد غير معتبر فبقى القبض بإذن المالك ، ومضمون عند البعض لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وكذلك المبيع فى يد المشترى ببيع فاسد . فيكون التزام المشترى برد المبيع إلى البائع التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية ، بحسب ما إذا اعتبرت يده يد أمانة أو يد ضمان .

والتسليم يتم تنفيذه بالتخلية بين الشىء ومن يراد تسليمه إياه بحيث يتمكن هذا من قبضه ، فلو باع رجل شيئاً وخلى بينه وبين المشترى وتمكن هذا من القبض يصير قابضاً حتى لو هلك يهلك عليه . جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧) : « رجل له رماك فى حظيرة فباع منها واحدة بعينها لرجل وقبض الثمن ، وقال للمشترى ادخل الحظيرة واقبضها وقد خليت

(1) « المقبوض على سوم الشراء مضمون عند بيان الثمن ، وعلى وجه النظر ليس بمضمون مطلقا .. قال قاضى خان : رجل جاء الى الزجاج فقال ادفع الى هذه القارورة فاراها ، فقال الزجاج ارفعها ، فرفعها فوقعت وانكسرت ، لا يضمن الرافع ، لان رفعها وان كان على سوم الشراء فالثمن غير مذكور ، والمقبوض على سوم الشراء لا يكون مضمونا الا بعد بيان الثمن فى ظاهر الرواية . وان كان القابض قال للزجاج بكم هذه القارورة فقال الزجاج بكذا ، فقال أخذها فاراها فقال الزجاج نعم ، فرفعها فوقعت من يده وانكسرت ، كان عليه قيمتها . وفى قاضى خان اذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك فى يده ، كان عليه قيمته ، وكذا لو استهلكه وارث المشترى بعد موت المشترى .. رجل طلب من البزاز ثوبا ، فاعطاه ثلاثة أثواب ، وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين احملها الى منزلك فاى ثوب رضيته بعتكه ، فحمل الرجل الثياب فاحترقت الكل عند المشترى ، قال الشيخ محمد بن الفضل : ان هلك الكل جملة أو على التعاقب ولا يدرى الذى هلك أولا والذى بعده ، ضمن المشترى ثلث ثمن كل ثوب . وان عرف الاول لزمه ثمنه ، والثوبان أمانة عنده . وان هلك الثوبان وبقى الثالث ، فانه يرد الثالث لانه أمانة ، وأما الثوبان فيلزمه قيمة نصف كل واحد منهما اذا كان لا يعلم أيهما هلك أولا .. وان هلك واحد وبقى اثنان ، لزمته قيمة ما هلك ، ويرد الثوبين وان احترق الثوبان وبعض الثالث ثلثه أو ربعه ولم يعلم أيهما احترق اولا ، يرد ما بقى من الثالث ، ويضمن نصف كل واحد من الثوبين ولا يضمن نقصان الثالث (مجمع الضمانات ص ٢١٣ — ص ٢١٥) ..

بينك وبينها ، فدخل ليقبضها فعالجها فانفلتت من باب الحظيرة وذهبت . قال محمد إن سلم الرمكة إلى المشترى فى موضع يقدر على أخذها بوهق ومعه وهق والرمكة لا تقدر على الخروج من ذلك المكان فهو قبض ، وإن كانت تقدر على أن تنفلت منه فليس بقبض . وإن كان المشترى يقدر على أخذها إن كان معه أعوان ولا يقدر على أخذها بغير حبل ولا أعوان فخلى البائع بينها وبينه فانفلتت كان المشترى قابضاً . وإن كانت الرمكة فى يد البائع يمسكها بعنانها فاشتراها منه رجل ونقد الثمن ، فقال له البائع هاك الرمكة ، فوضعها فى يد المشترى حتى صارت فى أيديهما جميعاً ، فقال البائع خليت بينك وبينها فاقبضها فإنى أمسكها لك ، فانفلتت من يد البائع قبل قبض المشترى إلا أن المشترى كان يقدر على أخذها من البائع وضبطها ، فليس هذا بقبض من المشترى . ولو كانت الرماك فى حظيرة عليها باب مغلق لا تقدر الرماك على الخروج ، فباعها من رجل وخلى بينه وبينها ، ففتح المشترى الباب ففلتت الرماك وخرجت ، كان الثمن لازماً على المشترى سواء كان يقدر على أخذ الرماك أو لا يقدر . وإن لم يفتح المشترى الباب وإنما فتحه أجنبى أو فتحته الريح حتى خرجت الرماك ، فنظر إن كان المشترى لو دخل الحظيرة يقدر على أخذها يكون قابضاً ، وإلا فلا . وإن اشترى طيراً يطير فى بيت عظيم إلا أنه لا يقدر على الخروج إلا بفتح الباب ، والمشترى لا يقدر على أخذه لطيرانه ، وخلى البائع بينه وبين البيت ، ففتح المشترى الباب فخرج الطير ، ذكر الناطفى أنه يكون قابضاً للطير ، ولو فتح الباب غير المشترى أو فتحته الريح لا يكون المشترى قابضاً . ولو اشترى ثوبا وأمره البائع بقبضه ، ولم يقبضه حتى غصبه إنسان ، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه أن يمد يده ويقبضه من غير قيام صح التسليم ، وإلا فلا . رجل باع فصا فى خاتم بدينار ودفع الخاتم إلى المشترى وأمره أن ينزع الفص ، فهلك الخاتم عند المشترى ، إن كان المشترى يقدر على نزعه من غير ضرر كان على المشترى ثمن الفص لا غير لأن المشترى كان أميناً فى الخاتم ، وإذا كان لا يقدر على

نزعه إلا بضرر لاشيء على المشترى لأن تسليم المبيع لم يصح . رجل اشترى بقرة فقال للبائع سقها إلى منزلك حتى أجيء بحقك إلى منزلك وأسوقها إلى منزلى ، فماتت البقرة فى بيت البائع ، فإنها تهلك على البائع . رجل اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقد الثمن ، فقال للبائع لا آمنك عليه ادفعه إلى فلان فيكون عنده حتى أدفع إليك الثمن ، فدفعه البائع إلى فلان وهلك عنده ، كان الهلاك على البائع ، لأن المدفوع إليه يمسكه بالثمن لأجل البائع فتكون يده كيد البائع . رجل اشترى دابة مريضة فى إصطبل البائع ، فقال المشترى للبائع تكون ههنا الليلة فإن ماتت ماتت لى ، فهلكت ، هلكت من مال البائع لامن مال المشترى » .

الالتزام بالقيام بعمل معين :

يجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

أولا : إذا التزم الأجير المشترك ، كالنساج والقصار والخياط والنجار والبناء والصباغ والصانع والخباز والطباخ والغلاف والوراق والكاتب والأسكاف والطحان ، أن يقوم بعمل معين ، فإن التزامه هذا يكون التزاما بتحقيق غاية ، ولا يتم تنفيذه إلا بإنجاز هذا العمل . ومهما كانت الأسباب التى حالت دون إنجازه ، فإن عدم تمام العمل يعتبر خطأ عقدياً يستوجب المسئولية. والمسئولية هنا تنحصر فى عدم استحقاق الأجر ، لأن التعويض فى الفقه الإسلامى لا يكون إلا فى هذه الحدود الضيقة . ولا يجوز للأجير المشترك أن يحتج حتى بالقوة القاهرة ، فهو ملتزم بتحقيق غاية ، فإذا تخلفت الغاية لأى سبب كان اعتبر المدين متخلفاً عن تنفيذ التزامه فلا يستحق الأجر .

وإذا كان الأجير المشترك قد تسلم عيناً ليعمل فيها ، فالعين أمانة فى يده ، وعليه التزام حفظها . وهذا الالتزام التزام ببذل عناية يكفى فى تنفيذه أن يقوم الأجير المشترك بعناية الرجل المعتاد فى حفظ العين ، فإن هلكت

بالرغم من ذلك هلكت أمانة وتحمل صاحبها تبعة الهلاك .

جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٧) : « الأجير المشترك هو الذى يستحق الأجرة بالعمل .. والمتاع أمانة فى يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له » .

ثانياً : وقد يكون العمل الذى التزم به الأجير المشترك عملا لا يضمن نتيجته ، وإنما يضمن فيه قدراً من العناية يبذلها فى القيام به ، وذلك كالتزام الطبيب والفصاد والحجام والختان . فعند ذلك يكون الالتزام التزاما ببذل عناية، لا التزاما بتحقيق غاية .

جاء فى مجمع الضمانات (ص ٤٧ — ٤٨) : « الفصاد والبزاغ والحجام والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوز الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه ، وهى معروفة . ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية ، بطل الشرط إذ ليس فى وسعهم ذلك . قال فى الفصولين هذا إذا فعلوا فعلا معتاداً ولم يقصروا فى ذلك العمل .. أما لو فعلوا بخلاف ذلك ضمنوا .. وسئل الحلوانى عن صبية سقطت من السطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ، ثم قال لا يضمن إن كان الشق بإذن وكان معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم . فقيل له إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها ، فقال ذلك لا يوقف عليه فاعتبر نفس الإذن . فقيل له فلو كان قال هذا الجراح إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن ، هل يضمن ؟ قال لا .. الكحال إذا صب الدواء فى عين رجل فذهب ضوءها ، لا يضمن كالختان إذا غلط .. لو قال الرجل للكحال داو بشرط ألا يذهب البصر ، فذهب البصر ، لا يضمن » .

واختلف فى الدلال ، هل التزامه التزام بتحقيق غاية وهو إتمام البيع ، أو هو يؤجر على عمله بقدر جهده . جاء فى مجمع الضمانات (ص ٥٤) :

«وسئل بعضهم عمن قال للدلال اعرض أرضى على البيع وبعها ولك أجر كذا ، فعرض ولم يتم البيع ، ثم أخذ دلالا باع . للدلال الأول بقدر عمله وعنائه . قال أبو الليث هذا قياس ، ولا أجر له استحسانا ، إذ أجر المثل يعرف بالتجار ، وهم لايعرفون لهذا الأمر أجراً ، وبه نأخذ» .

ثالثاً : فى عقد الاستصناع يلتزم الصانع بعمل فى مادة يصنعها ، والتزامه التزام بتحقيق غاية . فلو حال دون تنفيذ التزامه سبب ولو أجنبى ، يعتبر أنه لم يقم بتنفيذ التزامه ، ولا يرجع بالأجر على المستصنع . والمبيع فى الاستصناع هو العين على الأصح لا عمل الصانع ، فلو أتى الصانع بما عمله غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه المستصنع صح ، لأن المبيع العين لا عمله . ويشترط أن تكون المادة من الصانع ، إذ لو كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعا . وإذا جاء المصنوع على الأوصاف المطلوبة وجب على المستصنع أخذه ، وإلا كان مخيراً لفوات الوصف المرغوب فيه . ومن باب أولى يكون للمستصنع ، إذا لم يقدم الصانع أصلا الشىء المطلوب ، أياً كان السبب الذى منعه من ذلك ، أن يفسخ العقد ويرجع بما دفعه على الصانع . وهذا مما يؤكد أن التزام الصانع إنما هو التزام بتحقيق غاية .

§ ٢ — الالتزام ببذل عناية فى الفقه الإسلامى

كيف يتصور الالتزام ببذل عناية فى الفقه الإسلامى :

ومن الممكن أيضا أن نتصور وجود التزام ببذل عناية فى الفقه الإسلامى على غرار الفقه الغربى ، فيكون التزاماً ببذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق ، والمهم فى هذا الالتزام أن يبذل المدين فى تنفيذه قدراً معينا من العناية .

والأصل أن يكون هذا القدر هو العناية التى يبذلها الرجل المعتاد . فإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية اعتبر مقصراً ، ويسمى هذا التقصير فى

الفقه الإسلامى بالتعدى . والمدين فى عقد يكون مسئولا عن الخطأ العقدى إذا تعمد أو تعدى . أما التعمد فمعروف ، إذ هو فعل العمد . يبقى التعدى ، والظاهر أن التعدى فى الفقه الإسلامى ، كما هو فى الفقه الغربى ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . فمعياره موضوعى لاذاتى ، كما هو شأن سائر المعايير فى الفقه الإسلامى . فالعبرة إذن فى قياس السلوك المألوف بالمعتاد بين الناس ، فما خرج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسئولية ، وما كان معتاداً لا يكون تعديا فلا يكون سببا للضمان .

جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٩) : « الراعى لو كان أجير وحد (أجيراً خاصا) . . لو ضرب شاة ففقأ عينها أو كسر رجلها ضمن ، لأن أجير الوحد يضمن بالخلاف ، وقد خالف لأن الضرب غير داخل فى الإجارة ، وإنما يدخل تحتها الرعى وهو يتحقق بدون الضرب كالصياح والصفق ، لأن الغنم فى العادة تساق كذلك ، فإذا ضرب بالخشبة كان ضامنا . » وجاء أيضا (ص ٣٠) : « سئل نجم الأئمة الحكيمى عمن أسلم أفراسه إلى الراعى ليحفظها مدة معلومة ودفع إليه أجرة الحفظ والرعى ، واشتغل الراعى بمهمة وترك الأفراس فضاعت ، فهل يضمن ؟ فقال لا إن كان ذلك متعارفاً فيما بين رعاة الخيل والأنعم » . وجاء أيضاً (ص ٣١) : « أهل قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح فى السكك يرسل كل بقرة فى سكة صاحبها ولم يسلمها إليه . ففعل الراعى كذلك ، فضاعت بقرة قبل أن تصل إلى صاحبها ، لا يضمن ، إذ المعروف كالمشروط . . زعم البقار أنه أدخل البقرة فى القرية ، ولم يجدها صاحبها ، ثم وجدها بعد أيام قد نفقت فى نهر الجبانة . قالوا لو كان عادتهم أن يأتى البقار بالبقور إلى القرية ولم يكلفوا بأن يدخل كل بقرة فى منزل ربها ، صدق البقار مع يمينه فى أنه جاء بها إلى القرية » . وجاء كذلك (ص ٣٧) « استأجر حمالا ليحمل له طعاما فى طريق كذا ، فأخذ فى طريق آخر ، فهلك المتاع . فإن لم يكن بين الطريقين تفاوت فلا ضمان عليه ، وإن تفاوتا بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلكه الناس ، يضمن » .

وقد تتدرج العناية المطلوبة ، فيطلب فى حالة مقدار من العناية أكبر أو أقل من العناية المألوفة بين الناس ، ويقع الخلاف فى ذلك بين الفقهاء . من هذا ماجاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٧) : « الأجير على نوعين ، أجير مشترك وأجير خاص . فالأجير المشترك هو الذى يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ ، فله أن يعمل للعامة ومن هذا يسمى مشتركا والمتاع أمانة فى يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ، ولا أجر له عند أبى حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لايمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لايضمن . لهما أن الحفظ مستحق عليه تبعا لامقصوداً ، ولهذا لايقابله الأجر . وقيل قوله قول على وقولهما قول عمر » ، ونرى من ذلك أن العناية المطلوبة قد يتفاوت مقدارها ، فقد لايعتبر تقصيراً أن يهلك المتاع فى يد الأجير المشترك بغير عمله وهذا هو قول أبى حنيفة ، فالعناية المطلوبة من الأجير المشترك فى حفظ المتاع الذى يقع عليه صنعه هى عناية الرجل المعتاد لأن التزامه بحفظ المتاع جاء تبعا لامقصوداً ، ومادام هلاك المتاع بغير عمله فلا ضمان عليه . ولكن الصاحبين يتطلبان عناية أكبر ، فلا يكفى لانتفاء مسئولية الأجير المشترك أن يكون الهلاك بغير عمله ، بل لاتنتفى مسئوليته إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبى لايمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب ، لأن حفظ المتاع مستحق عليه إذ لايمكنه العمل بدونه .

ويبدو أن الاتفاق على تعديل المسئولية أكثر تقيداً فى الفقه الإسلامى منه فى الفقه الغربى . فقد رأينا فى الفقه الغربى أنه يجوز الاتفاق على جعل المدين مسئولا عن السبب الأجنبى ويكون هذا بمثابة تأمين ، أما فى الفقه الإسلامى فلا يجوز الاتفاق على جعل الأجير المشترك مسئولا فيما لا يمكنه الاحتراز عنه وهذا باتفاق الأئمة الثلاثة فى المذهب الحنفى ، والاتفاق على جعل الأجير المشترك غير مسئول فيما يمكنه الاحتراز عنه فيه خلاف بين

الإمام ويذهب إلى جواز الاتفاق وصاحبيه ويذهبان إلى عدم جوازه. جاء فى مجمع الضمانات (ص٢٧) فى هذا الصدد: «وإن شرط عليه الضمان، إن كان الشرط فيما لا يمكنه الاحتراز عنه، فلا يجوز بالاتفاق. وإن كان فيما يمكن، فعلى الخلاف. وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم، كذا فى الإيضاح نقلا عن التبيين». ويتفرع على أن الاتفاق على المسئولية عن السبب الأجنبى لا يجوز أن شرط الضمان على الأمين باطل. جاء فى مجمع الضمانات (ص ٣٣): «ولو شرط على الراعى ذبح ماخيف هلاكه، فلم يذبحه فهلك، ينبغى ألا يضمن، إذ فى هذا شرط فيما مات حتف أنفه وثمة لا يضمن، وشرط الضمان على الأمين باطل. كذا قال الاستروشنى. وقال عماد الدين فى فصوله وعندى أنه يصح هذا الشرط لما مر أن ذبح مثله من الحفظ، وكأنه شرط عليه غاية ما فى وسعه من الحفظ فيجوز، فلو لم يذبح فقد قصر فى حفظ شرط عليه، فيضمن، وخرج عن هذا جواب ما ذكره من اشتراط الضمان على الأمين. قال صاحب الفصولين أقول الظاهر أن الذبح ليس من الرعى، فلا يدخل تحت العقد، فهو متبرع فى التزامه، فلا يضمن، وأقل ما فيه أنه لا يخلو من الشك فلا يضمن بالشك». والأصل فى هذه المسألة خلاف بين الفقهاء، جاء فى صدده فى مجمع الضمانات (ص ٣٣) ما يأتى: «وفى المشتمل من الذخيرة إذا خاف الراعى هلاك شاة فذبحها، فهو ضامن قيمتها يوم الذبح، لأن الذبح ليس من عمل الرعى فى شىء فلا يدخل تحت العقد، قال مشايخنا هذا إذا كانت يرجى حياتها أو كانت مشكل الحال يرجى حياتها وموتها، أما إذا تيقن موتها فلا ضمان عليه، لأن الأمر بالرعى أمر بالحفظ، والحفظ الممكن حال تيقن الموت الذبح، فيصير مأموراً بالذبح فى هذه الحالة. وكذا الذبح فى البقر، لأن الذبح فى مثل هذه المواضع لإصلاح اللحم. فأما الحمار فلا يذبح، وكذا البغل، لأن الذبح لا يصلح لحمهما، ولا يذبح الفرس أيضا عند أبى حنيفة إذ الصحيح من مذهبه أن لحم الفرس مكروه كراهة تحريم اه. وفى الخلاصة الراعى لو خاف الموت على

الشاة فذبحها ، لا يضمن . وكذا استحسن بعض مشايخنا إذا كانت بحيث يتحقق موتها » . فنرى من ذلك أن هناك خلافاً فيما إذا كان ذبح الشاة المتيقن موتها تدخل فى أعمال الحفظ الواجبة على الراعى ، فمن ذهب إلى أن ذلك يدخل أجاز بطبيعة الحال شرط الضمان على الراعى إذا لم يذبح الشاة . ومن ذهب إلى أن ذلك لا يدخل ، وماتت الشاة ، فلا ضمان على الراعى لأن الموت قوة قاهرة لا يكون الراعى مسئولا عنها ، فإذا شرط على الراعى الضمان كان الشرط غير جائز لأنه شرط يجعله مسئولا عما لا يمكن الاحتراز منه[1] .

أما عبء إثبات الخطأ العقدى ، فالظاهر فى الفقه الإسلامى أنه يجب التمييز فى يد المدين بين ما إذا كانت يد ضمان ، فيقع عليه إثبات أنه قام بالتزامه وهو التزام بتحقيق غاية ، وبين ما إذا كانت يد أمانة ، فيقع على الدائن عبء إثبات أن المدين ، والتزامه التزام ببذل عناية ، لم يبذل العناية الواجبة . جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٨) فى هذا الصدد : « وفى مشتمل الهداية لو قال الأجير المشترك سرق أو هلك صدق مع حلفه عنده ، لأن يده يد أمانة عنده . وعندهما يضمن لأن يده يد ضمان عندهما ، فلا يصدق بلا برهان . قلت إنما ينفع البرهان عندهما فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما مر ، فلا تغفل » . وجاء فى ص ٢٩ : « ولو كان أجيراً مشتركا ، فمات من الأغنام ، لا يضمن بالاتفاق ، إذ الموت حتف أنفه مما لا يمكن التحرز عنه . وهذا لو ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينة ، فأما إذا أدعى الراعى الموت وجحد رب الغنم ، فعند أبى حنيفة

---

(١) « واشتراط الضمان على المستعير باطل .. وقيل اذا شرط الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا فى رواية ، ذكره الزيلعى ، وجزم به فى الجوهرة ولم يقل فى رواية . لكن نقل بعده فرع البزازية عن الينابيع ، ثم قال أما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال اهـ . ولكن فى البزازية عن الينابيع ، ثم قال على أنه ان ضاع فأنا ضامن له ، فأعاره وضاع ، لم يضمن ، من العادة المطرقد من الاشباه ، وفى المنتقى اذا قال لغيره أعرنى ثوبك فأنا ضامن له فلا ضمان عليه ، وهذا الشرط باطل ، وكذا الحكم فى سائر الامانات نحو الودائع وغيرها آحد.» (مجمع الضمانات ص ٥٥). «واشتراط الضمان على المودع باطل (مجمع الضمانات ص ٦٨) .

القول قول الراعى لأنه أمين . وعندهما القول قول رب الأغنام » . ويخلص من ذلك أن الأمين — المودع عنده والمستعير والمستأجر وغير هؤلاء — لا يقع عليه عبء إثبات أنه لم يقصر فى الحفظ والقول قوله بيمينه ، ويقع على الدائن عبء إثبات أن الأمين قد قصر .

يبق بعد ذلك أن نستعرض بعض أنواع الالتزام ببذل عناية فى الفقه الإسلامى ، كما استعرضنا بعض أنواع الالتزام بتحقيق غاية . فما يمكن اعتباره التزاما ببذل عناية : (١) التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة (٢) التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة (٣) التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة (٤) التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة (٥) التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل .

التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة :

يلتزم المستأجر بحفظ العين المؤجرة ، وعليه أن يبذل فى هذا الحفظ عناية الرجل المعتاد ، فإن نزل عن هذا القدر من العناية كان متعدياً ووجب عليه الضمان . ويترتب على هذا الأصل الفروع الآتية :

(١) يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة الاستعمال المعتاد المألوف بين الناس ، فإن خرج على الاستعمال المشروط أو على الاستعمال المألوف بين الناس كان متعدياً وضمن . جاء فى مجمع الضمانات (ص١٣ — ٢١) : « أعلم أن كل فعل قيل فيه ليس للمستأجر أن يفعله ، فإنه يضمن ماتلف بفعله ، ولا تظن أنها منحصرة بالمستأجر بل هى أصل شامل لجميع مسائل الضمان فى جميع الأبواب . ولو استأجر دابة للركوب ، فإن أطلق فله أن يركب غيره . ولو قال أن يركبها فلان فأركبها غيره فعطبت ، كان ضامناً . . استأجر حماراً وقبضه فأرسله فى كرمه وتركه ، فسرقت بردعته وأصاب الحمار البرد فمرض ، ورده على صاحبه فمات من ذلك المرض . إن كان الكرم

حصيناً والبرد بحال لايضر مع البردعة ، لاشيء عليه من الضمان فى البردعة والحمار . فإن كان بحال يضره مع البردعة ، ضمن قيمة الحمار دون البردعة . وإن كان الكرم غير حصين ، إن كان البرد بحال يضر بالحمار مع البردعة ، ضمن قيمتهما . وإن كان بحال لايضره مع البردعة ، ضمن قيمة البردعة دون الحمار . وعليه نقصان الحمار إلى وقت الرد إلى صاحبه ، لأنه بمنزله الغاصب للحمار حين أرسله فى الكرم ، فإذا سلمه إلى صاحبه برىء من الضمان . قال رحمه الله ذكر الحصين ولم يفسره فى النوازل ، فعرضت على القاضى الإمام فقال أنه يكون له حيطان وباب مغلق فإن عدم أحدهما فهو غير حصين ، والمراد من الحائط أن يكون مرتفعاً بحيث لايقع نظر المار على مافى الكرم. ومن استأجر دابة إلى مصر ولم يسم مايحمل عليها ، فحمل مايحمل الناس أى المعتاد ، فنفقت فى الطريق ، فلا ضمان عليه لأن العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر . . . استأجر حماراً وحمل عليه ، وله حمار آخر حمل عليه أيضا ، فلما سار بعض الطريق سقط حماره فاشتغل به ، فذهب الحمار المستأجر وهلك . فلو كان بحال لو اتبع الحمار المستأجر يهلك حماره أو متاعه لم يضمن ، وإلا ضمنه . لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا كان بغير عذر .. استأجر حماراً لينقل عليه الحطب فأوقره بما يوقر به مثله ، فأصاب الحمار حائطا أو نحوه فوقع فى النهر . إن كان المستأجر ساقه سوقا معتاداً فى طريق يسلكه الناس ولم يعنف عليه بالضرب ، لا يضمنه . . . استأجر حمارا ليذهب به إلى موضع معلوم ، فأخبره أن فى الطريق لصوصاً فلم يلتفت إلى ذلك ، فذهب فأخذه اللصوص وذهبوا بالحمار . إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم ، فلا ضمان عليه وإلا ضمن . استأجر دابة وقبضها ولم يعين الراكب ، كان له أن يؤجرها ويعيرها ويودعها » . وجاء أيضا (ص٢٤) : « استأجر خيمة لينصبها فى بيته شهراً ، فنصبها فى الشمس أو فى المطر وإنه يضر ، يضمن ، وإذا سلمت فعليه الأجر . ولو أخرجها إلى السواد يضمن ، من الوجيز . وفى الفصولين أجر خيمة لينصبها فى داره ، فنصبها فى

دار أخرى فى قبيلة أخرى من هذا المصر ، يجب الأجر ولا يضمن لعدم التفاوت ، إلا إذا أخرجها من المصر فنصبها هناك فلا أجر ، سلمت أولا ، ويضمن لمخالفة أمره حيث أخرجها من المصر فتضرر به إذ مؤونة الرد على المؤجر . . لو أسود بالسراج أو بإيقاد النار لايضمن ، إلا إذا جاوز ما هو المعروف والمعتاد » . وجاء كذلك (ص ٢٥ — ص ٢٦) : « وفى الخلاصة لو أقعد فيها (فى الدار) قصاراً فانهدمت من عمله ، ضمن ولا يجب الأجر فيما ضمن ، وينبغى أنه يجب فيما لم يضمن وهو الساحة . . استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ، ضمن مانقص لأن الرطب أضر بالأرض من الحنطة . ولا أجر لأنه غاصب للأرض » .

(٢) وإذا زاد المستأجر على المشروط أو المألوف ، وعطبت العين ، ضمن . أما إن سلمت ، فهو غاصب بقدر ما زاد ، فإذا ضاعت العين ضمن كغاصب هذه الزيادة . جاء فى مجمع الضمانات (ص ١٣ — ١٦) : ولو استأجرها للحمل وسمى نوعا وقدراً لحمله عليها ، مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة ، فله أن يحمل ماهو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ، وليس له أن يحمل ماهو أضر كالملح . ولو استأجرها ليحمل عليه قطنا سماه ، فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً . ولو استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ، ضمن ما زاد الثقل ، إلا إذا كان حملا لايطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها ، من الهداية . قلت إنما يضمن ما زاد الثقل فيما إذا كانت تطيق الحمل إذا حملها المسمى والزيادة دفعة واحدة ، أما لو حمل المسمى أولا ثم حمل الزيادة وهلكت ، ضمن كل القيمة لو حمل الزيادة على مكان حمل عليه المسمى ، ولو حمل فى مكان آخر . . فمن قدر الزيادة أيضا . . لواستأجرها ليحمل عليها كذا فزاد على المسمى وسلمت إلى المقصد ، فلما وضع الحمل جاء بها سالمة ، فضاعت قبل الرد على المالك ، ضمن من قيمتها قدر الزيادة إذ غصب منها ذلك القدر فلا يبرأ إلا بالرد . . استأجرها ليحمل عليها شعيراً فحمل فى أحد الجوالقين شعيراً وفى الآخر

حنطة ، فعطبت الدابة ، ضمن نصف قيمتها وعليه نصف الأجر ، لأنه فى النصف مخالف » . وجاء أيضاً (ص ٢٤) : « استأجر رحى على أن يطحن فيها حنطة ، فطحن غيرها ، إن كان قدر ماطحن مثل الحنطة أو دونه لا يكون مخالفاً ، وإن كان فوقه يكون مخالفا فيعتبر فيه أحكام الغصب » .

(٣) ويعتبر تعدياً ألا يستعمل المستأجر العين أصلا ويمسكها ، فيضمن ولا أجر عليه . جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٠) : « استأجر دابة ليذهب إلى مكان كذا ، فأمسكها فى بيته ، لا يجب الأجر ، ويضمن لو هلكت » . وجاء أيضا (ص ٢٦) : « استأجر من أراضى الجبل فزرعها ولم تمطر ولم تنبت حتى مضت السنة ، ثم أمطرت ونبتت فالزرع كله للمستأجر ، وليس عليه كراء الأرض ولا نقصانها » .

(٤) ويعتبر كذلك تعدياً ألا يرد المستأجر العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة . جاء فى مجمع الضمانات (ص ١٩) : « أمسك المستأجر بعد مضى المدة أو تركه فى دار غيره ، ضمن ، إذ الرد يجب عليه بعد المدة فيغرم بالترك ، وكذا تركه فى دار غيره وغيبته عنه تضييع ، من الفصولين . وفى مشتمل الهداية نقلا عن التجريد ليس على المستأجر رد المستأجر على المالك ، وعلى الذى أجره أن يقبض من منزل المستأجر ، وإن أمسكها فهلكت لم يضمن ، وليس هذا كعارية . ثم قال نقلا عن الأجناس قال أبو حنيفة كل شىء لحمله مؤونة كرحى اليد فعلى المؤجر أجر الرد ، وعليه أخذه وليس على المستأجر رده ، ومالا حمل له كالثياب والدابة فعلى المستأجر رده » .

(٥) وإذا ضمن المستأجر لتعديه ، فلا أجر عليه ، إذ الأجر والضمان لا يجتمعان . جاء فى مجمع الضمانات (ص ١٨) : « القروى استأجر حماراً ليحمل عليه براً إلى المدينة ، ففعل ، فوضع عليه فى الرجوع قفيز ملح بلا إذن ، فمرض فمات ، ضمن لغصبه ، ولا أجر إذ لا يجتمعان » .

التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة :

يلتزم المودع عنده التزاما أصلياً بحفظ العين المودعة ، حتى يردها للمودع . وهذا التزام ببذل عناية ، لا التزام بتحقيق غاية . فيلتزم المودع عنده بأن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد ، فإذا انحرف عن السلوك المألوف فى حفظها كان متعدياً وضمن . أما إذا بذل هذه العناية ، فإنه يكون قد نفذ التزامه من حفظ الوديعة ، حتى لو هلكت فإنها تهلك أمانة فى يده ويحمل المودع تبعة الهلاك . فنبحث كيف يكون السلوك المألوف فى حفظ الوديعة ، وما يعد انحرافا عن هذا السلوك فيكون تعديا ويوجب الضمان :

(١) ليس للمودع أن يودع الوديعة بلا إذن ، ولا يصدق على دعوى الإذن إلا ببينة ، والوضع فى حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه . . فلو أودعها آخر بغير إذن فهلكت ، فللمالك أن يضمن الأول لا الثانى عند أبى حنيفة ، وقالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الأول لايرجع على الآخر وإن ضمن الآخر يرجع على الأول ، من الهداية . وليس للمودع أن يؤاجر الوديعة أو أن يرهنها ، فالوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولاترهن ، فإن فعل شيئاً من ذلك ضمن (مجمع الضمانات ص٦٩) .

(٢) إذا شرط المودع شرطاً مفيداً ، يتقيد المودع عنده به . فلو قال احفظها فى هذه الدار ، فحفظها فى دار أخرى ، ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان فى الحرز فيتقيد بالشرط . وقيل لايضمن لو الدار الأخرى أحرز أوسواء فى الحرز ، وقيل يضمن لو لم يحتج فى وضعها داراً أخرى ، ولا يضمن لو احتاج إذ التعيين يلغو حينئذ إذ لا يطلب منه حفظ ماله بطريق لايقدر عليه . وهكذا لو قال لاتسافر بها فسافر بها ، ضمن ، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحاً . ولو شرط شرطاً لايفيد أصلا لغا ، كتعيين صندوق بيت ، ولو قال ضعها فى كيسك فوضع فى صندوقه لم يضمن (مجمع الضمانات ص ٦٩ — ص ٧٠) .

(٣) ولو لم يعين بأن قال احفظ هذا ولم يقل فى مكان ذا فسافر ، فلو كان الطريق محفوفا ضمن بالإجماع ، وإلا لا يضمن بالإجماع إذا لم يكن له حمل ومؤونة ، وقد أمر بالحفظ مطلقاً . فلو كان لابد له من السفر وقد عجز عن حفظه فى المصر الذى أودعه فيه ، لم يضمن بالإجماع . ولو لم يكن لابد له من السفر ، فكذلك لا يضمن عند أبى حنيفة قريباً كان أو بعيداً ، وعند محمد يضمن فى الحالين . وإذا وضع الوديعة فى داره ويدخلها أناس كثيرة فضاعت ، فإن كان شيئا يحفظ فى الدار مع دخولهم لا يضمن ، والذهب يضمن. وإذا وضع الوديعة فى بيت خراب فى زمان الفتنة ، فإن وضعها على الأرض يضمن ، وإن جعلها تحت التراب لا يضمن . ولو دفع رجل إلى رجل جواهر ليبيعها ، فقال القابض أريها تاجراً لأعرف قيمتها ، فضاعت الجواهر قبل أن يريها ، قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل إن ضاعت أو سقطت بحركته يكون ضامنا ، وإن سرقت منه أو بمزاحمة أصابته من غيره لا يضمن . وإذا جعل الوديعة فى جيبه وحضر مجلس الفسق فضاعت بعد ما سكر بسرقة أو سقوط أو غيره ، قال بعضهم لا يضمن لأنه حفظها فى موضع يحفظ مال نفسه ، وقال بعضهم هذا إذا لم يزل عقله أما إذا زال بحيث لا يمكنه حفظ ماله يصير ضامنا لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعا أو مودعا غيره . أنظر مجمع الضمانات ص ٧٠ — ص ٧٤ .

(٤) إذا تعدى المودع فى الوديعة ، بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو شيئاً فافترشه أو أودعها غيره ، ثم زال التعدى وردها إلى يده إلى الحالة الأولى ، برىء من الضمان (مجمع الضمانات ص ٧٣) .

(٥) إذا كانت الوديعة مما يتطرق إليه الفساد ، كما إذا اشترى بطيخة وتركها عند البائع حتى يرجع ثم غاب وخيف عليها الفساد فللبائع بيعها دون أكلها بشرط الضمان . وإذا كانت الوديعة شيئا من الصوف والمالك غائب نخيف عليها الفساد ، ينبغى أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يبيعه ، وإن لم يرفع

حتى فسد لاضمان عليه . ولو كانت الوديعة حنطة فأفسدتها الفارة وقد اطلع المودع عنده على ثقب معروف ، فإن أخبر صاحب الحنطة أن ههنا ثقب الفارة لايضمن ، وإن لم يخبر بعدما اطلع على ذلك ولم يسده كان ضامنا . وإذا جعل المودع عنده خاتم الوديعة فى خنصره أو بنصره يضمن ، وإن جعله فى الوسطى أو السبابة أو الإبهام لايضمن ، وعليه الفتوى . ولو كان المودع عنده امرأة ، ففى أى أصبع لبسته تضمن . ولو كان فى يد رجل ألف درهم وديعة لرجل ، فمات المودع وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه ، وترك ابنا معروفا ، فقضى المستودع الألف للغريم ، لم يضمن لأن الألف للميت وقد قضاه إلى من له الحق وهو غريم الميت ، وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين . ولوكانت الوديعة دابة فأصابها شىء ، فأمر المستودع رجلا ليعالجها فعالجها فعطبت فى ذلك ، فصاحب الدابة بالخيار يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن المستودع لايرجع هذا على الذى عالجها بأمره ، وإن ضمن الذى عالجها إن كان المأمور علم وقت المعالجة أن الدابة لغير الذى فى يديه وعلم أن صاحب الدابة لم يأمر المستودع بذلك لايرجع ، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظن أنها له كان له أن يرجع على المستودع لأنها كانت فى يده واليد دليل الملك من حيث الظاهر . (أنظر مجمع الضمانات ص ٧٣ — ص ٨١) .

(٦) إذا خلط المستودع الوديعة بماله حتى لايتميز ضمنها ، ثم لاسبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة . وقال إذا خالطها بجنسها فهى شركة إن شاء ، مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير . وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس (مجمع الضمانات ص٨٢) . وإذا مات المستودع مجهلا الوديعة ضمنها (مجمع الضمانات ص ٨٧) .

(٧) إذا طلب الوديعة صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ، ضمنها (مجمع الضمانات ص ٨٤) .

التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة :

التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة هو أيضا التزام ببذل عناية ، فيطلب من المستعير مقدار معين من العناية ، هو مقدار عناية الرجل المعتاد حتى يكون قد قام بتنفيذ التزامه . فإن بذل هذه العناية ، وهلكت العين في يده ، هلكت أمانة على المالك . وإذا قصر عن بذلها كان متعديا ، فإذا هلكت العين ضمن قيمتها أو مثلها للمعير . ويلاحظ في العناية الواجبة على المستعير ما يأتي :

(١) ليس للمستعير أن يؤجر الشيء المعار ، فإن آجره [١] فعطب ، ضمن ، ولا يرجع على المستأجر . وإن شاء المعير ضمن المستأجر ، ويرجع المستأجر بما ضمن على المستعير إن لم يعلم أن الشيء كان عارية في يده ، أما إذا علم فلا يرجع . ويجوز للمستعير أن يعير إن لم يعين ما ينتفع به ، سواء اختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة أو لم يختلف كالحمل عليها . وإن عين ما ينتفع فللمستعير أن يعير ما لا يختلف . وأما الإيداع فقد اختلف فيه بالنسبة لمن يملك الإعارة ، أما من لا يملك الإعارة فإنه لا يملك الإيداع . أنظر مجمع الضمانات ص ٥٥ .

٢) يعتبر تعديا من المستعير موجبا للضمان أن يستعمل العارية فوق المشروط أو فوق المألوف . فإذا جاوز الوقت أو نوع الاستعمال أو انحرف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد في حفظ العارية ضمن . جاء في مجمع الضمانات (ص ٥٧ — ص ٦٠) . « لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ، ضمن وإن لم يستعملها بعد الوقت .. لو وضع المستعار بين يديه

---

(١) لو استعار شيئا فآجره ، فالأجرة له ، ويتصدق بها ، كما لو غصب شيئا فآجره ، فالأجرة تكون للغاصب ويتصدق بها لحصولها بسبب خبيث .

ونام ، لايضمن، لأن هذا حفظ عادة، لكن هذا إذا نام جالسا لامضطجعا . .
لو نام مضطجعا ضمن فى الحضر لا فى السفر .. لو استعار دابة إلى الحيرة، فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ، فنفقت ، فهو ضامن .. استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما، فهلكت الدابة، يضمن ثلث قيمتها . وهذا بخلاف ما إذا استعارها ليطحن بها عشرة مخاتيم وطحن أحد عشر فعطبت ، فإنه يضمن جميع قيمتها . والفرق أن فى الطحن التلف حصل من المختوم الحادى عشر وهو بغير إذن صاحبها ، وفى الحمل التلف حصل بحمل الكل لأن حمل الكل وجد جملة فكان التلف مضافا إلى الكل..
استعار ثوراً يساوى خمسين ليستعمله ، فقرنه مع ثور يساوى مائة ، فعطب الثور العارية ، إن كان الناس يفعلون مثل ذلك لايضمن ، وإلا ضمن . إذا ربط الحمار المستعار بحبل ، فاختنق ، لايضمن . استعار دابة إلى موضع ، فسلك طريقا ليس بمسلوك ، ضمن إن عطب . ولو عين طريقا فسلك طريقا آخر ، إن كانا سواء لايضمن ، وإن كان أبعد أو غير مسلوك ضمن ، وكذا إن كانا متفارقين فى الأمن . إستعار ثوراً واستعمله وفرغ ولم يحل حبله ، فذهب إلى المسرح فاختنق به ، ضمن . استعار دابة إلى مكان ، فى أى طريق ذهب لم يضمن بعد أن كان طريقا يسلكه الناس ، ولوطريقا لايسلكه الناس إلى ذلك المكان ضمن إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف . . استعار دابة وعين جهة الانتفاع ثم خالف ، فهو على ثلاثة أوجه : أن يخالف فى المعنى مع اتحاد الجنس أو يخالف فى الجنس أو يخالف فى القدر . أما الأول وهو المخالفة فى المعنى مع اتحاد الجنس ، بأن استعار ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذا البر فحمل عليها عشرة مخاتيم من بر آخر ، لم يضمن ، وكذا لو استعارها ليحمل عليها من بره فحمل عليها مثله من بر غيره ، لأن مثل هذا التقييد غير مفيد . وأما الثانى وهو المخالفة فى الجنس ، بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة بر فحمل عشرة أقفزة شعير ، يضمن قياسا إذ خالف فى الجنس ، لا استحسانا لأنه أخف فخالف إلى خير ، حتى لو سمى مقداراً من البروزنا

فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير ضمن إذ يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ البر . وكذا ولو استعارها ليحمل عليها برا فحمل حطبا أو قطنا أو تبنا بذلك الوزن ضمن لما مر . وكذا لو حمل حديداً أو آجراً أو حجارة بوزن البر ضمن ، لأنه مما يدق ظهرها فيكون أضر . وأما الثالث وهو المخالفة في القدر ، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل خمسة عشر مختوما ، فلو علم أنها لا تطيق حمل هذا القدر ضمن كل قيمتها للإتلاف ، ولو علم أنها تطيق ضمن ثلثها توزيعا للضمان على قدر ما إذن وغيره .

(٣) إذا هلكت العارية في يد المستعير ثم استحقت ، فللمستحق أن يضمن المعير أو المستعير أيهما شاء ، ولا يرجع أحدهما على الآخر . وفي الإجارة يرجع المستأجر على المؤجر دون العكس. أنظر مجمع الضمانات ص ٦٥ .

(٤) استعار أرضاً ليبني فيها أو يغرس ، ثم بدا للمالك أن يأخذ الأرض ، كان له ذلك سواء كانت الإعارة مطلقة أو موقتة إلى عشر سنين أو أكثر أو أقل ، لأنها غير لازمة . ثم إن كانت الإعارة مطلقة ، لا يضمن المعير للمستعير شيئاً ويكون للمستعير غرسه وبناؤه ، وعلى قول ابن أبي ليلى والشافعي يضمن المعير قيمة البناء والغرس قائما يوم الاسترداد . ولو كانت الإعارة مؤقتة ، بأن قال صاحب الأرض أعرتك هذه الأرض عشرين سنة لتغرس فيها أو تبني ، ثم رجع عن الإعارة قبل مضي الوقت ، كان ضامناً للمستعير قيمة الغرس أو البناء يوم الاسترداد ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفع الغرس أو البناء فيكون له ذلك إذا كان قلع الأشجار أو رفع البناء لا يضر بالأرض ، وإن كان يضر كان لصاحب الأرض أن يتملك الغرس أو البناء بالقيمة . أنظر مجمع الضمانات ص ٦٦ — ص ٦٧ .

(٥) استعار عيناً ليرهنها ولم يسم ما يرهنه ، فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء . فلو هلك المستعار في يد المرتهن ، ضمن المستعير للمعير قدر ما يسقط به عن المستعير من الدين . ولو أن الراهن عجز عن فكاك الرهن

فقضى المعير دين الراهن ، كان للمعير أن يرجع على المستعير بقدر ما يسقط من الدين عند الهلاك ولا يرجع بأكثر من ذلك ، حتى لو كانت قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين بإذن المعير وافتكه المالك بألفين لا يرجع على الراهن بأكثر من ألف . وليس للمستعير أن ينتفع بالرهن ولا أن يستعمله قبل الرد ولو بعد الفكاك ، فإن فعل ضمن . ولو هلك المستعار عند المستعير قبل أن يرهنه أو بعد أن افتكه ، فلا ضمان عليه . ولو هلك المستعار فى يد المرتهن بعد قضاء دينه ، يرد ما قبض على الراهن ، ويدفع الراهن ذلك المقدار إلى المعير . أنظر مجمع الضمانات ص ٦٧ – ص ٦٨ .

التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة :

الرهن لا يلزم ولا يدخل فى ضمان المرتهن إلا بالقبض . فإذا قبض المرتهن العين المرهونة ، فقدر الدين من المرهون ومضمون على المرتهن ، والباقى أمانة فى يده(١) . ومعنى ذلك أن هناك التزامين فى ذمة المرتهن ، التزاما بتحقيق غاية هو رد قدر الدين من المرهون سالما إلى الراهن ، والتزاما ببذل عناية هو حفظ باقى العين بالعناية المألوفة من الشخص المعتاد . فإذا هلكت العين فى يد المرتهن ، فإن كان الهلاك بغير تعد منه ، فقد قام بتنفيذ التزامه ببذل عناية الشخص المعتاد . وقد أخل فى الوقت ذاته بتنفيذ التزامه برد قدر الدين من المرهون ، فإن هذا التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ولا يتم تنفيذه إلا برد هذا القدر ولا يعتد بالأسباب التى تحول دون ذلك ، والضمان هنا يكون بسقوط الدين إذا كان لم يدفع أو برده إذا كان قد دفع . وإن كان هلاك المرهون بتعد من المرتهن ، فقد أخل بالالتزامين معا ، وكان ضامنا للعين فيدفع قيمتها أو مثلها ، ويبقى حقه فى المطالبة بالدين .

---

(١) والسبب فى ذلك أنه يضع يده على العين لتحقيق مصلحة لنفسه هى التوفيق للدين، فيده يد ضمان بقدر الدين أى بقدر مصلحته ، ثم هو يحفظ العين فى باقيها للراهن ، فيده على الباقى يد أمانة .

ويلاحظ فى التزامى المرتهن السالفى الذكر ما يأتى :

(١) عند زفر الرهن مضمون بالقيمة فلو أن القيمة يوم رهن ألف وخمسمائة والدين ألف ، رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة . والمعتبر قيمة المرهون يوم القبض لا يوم الهلاك بالاتفاق ، حتى لو كانت قيمته يوم القبض ألفا وقد رهن بها وكانت يوم الهلاك خمسمائة بتراجع السعر ، ذهب بالدين كله . والرهن بعد الهبة والإبراء أمانة استحسانا لا يضمن إلا بالتعدى ، وبعد الإيفاء مضمون . فلو وهب المرتهن الدين من المدين أو أبرأه منه ، ثم هلك الرهن فى يده بلا حبسه ، يهلك بغير شىء استحسانا ، خلافا لزفر . ولو استوفى المرتهن الدين كله أو بعضه بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ، ثم هلك فى يده ، يهلك بالدين ويجب عليه رد ما قبض إلى من قبضه منه ، الراهن أو المتطوع .

(٢) للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده الذى فى عياله وخادمه الذى فى عياله ، فإن حفظ بغير من فى عياله أو أودع المرهون ضمن . وليس للمرتهن أن يسافر بالرهن فى قول أبى يوسف ومحمد ، فإن فعل كان ضامنا ، ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة أنه لا يضمن . وإذا ألقى المرتهن الخاتم المرهون فى كيسه المتخرق وضاع بالسقوط ، ضمن العين المرهونة كلها لا قدر الدين فقط . وإذا قال الراهن للمرتهن أعطه الدلال للبيع وخذ حقك ، فدفعه إلى الدلال وهلك فى يده ، لا يضمن المرتهن . ولو كان الرهن شاة أو بقرة يخاف عليها الهلاك فذبحها المرتهن ، ضمن قياسا . والحاصل أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع لا يملكه المرتهن ، ولو فعله ضمن وإن كان فيه حفظ المال عن الفساد ، إلا إذا كان بأمر الحاكم . وكل تصرف لا يزيل العين ، يجوز للمرتهن أن يفعله ولو بغير أمر القاضى إذا كان فيه حفظ أو تحصين (مجمع الضمانات ص ١٠٩) .

(٣) ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن ، لا بالاستخدام ولا بالسكنى ، إلا أن يأذن له المالك . وليس له أن يتصرف بشىء فى الرهن غير الإمساك ،

فلا يبيع ولا يؤاجر ولا يعير ولا يودع ، فإن فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن . وإن استعمل بلا إذن الرهن وهلك حاله الاستعمال ، ضمن كل قيمته وصار رهنا مكانه ، كما إذا أتلفه أجنبي وضمن القيمة ، ولا يسقط شيء من الدين (مجمع الضمانات ص ١٠٩) . ولو كان الرهن ثوبا فلبسه المرتهن بإذن الراهن وهلك في استعماله ، لا يسقط الدين ، لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن ولو هلك باستعمال الراهن لا يسقط شيء من الدين . ولو رهن ثوبا يساوي عشرين درهما بعشرة دراهم ، فلبسه المرتهن بإذن الراهن فانتقص منه ستة دراهم ، ثم لبسه مرة أخرى بغير إذن الراهن وانتقص أربعة دراهم ، ثم هلك الثوب وقيمته عند الهلاك عشرة ، قالوا يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد ويسقط من دينه تسعة دراهم ، ووجه ذلك أن الدين إذا كان عشرة دراهم وقيمة الثوب يوم الرهن عشرون كان نصف الثوب مضمونا بالدين ونصفه أمانة ، وصار كل درهمين هنا بدرهم . فإذا انتقص من الثوب بلبسه بإذن الراهن ستة لا يسقط شيء من الدين ، لأن لبس المرتهن بإذن الراهن كلبس الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن . وما انتقص بلبسه بغير إذن الراهن وهو أربعة دراهم مضمون على المرتهن ، فما وجب على المرتهن وهو أربعة دراهم تصير قصاصاً بقدرها من الدين . فإذا هلك الثوب وقيمته بعد النقصان عشرة نصفها مضمونة ونصفها أمانة ، فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفيا دينه ، وبقي من دينه درهم واحد ، فلهذا يرجع على الراهن بدرهم واحد (مجمع الضمانات ص ١١٠) .

(٤) إذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه ، لم يبطل الرهن ، ولكن يخرج من ضمان المرتهن . فإن هلك في يد الراهن ، هلك بغير شيء . وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده ، لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال . وكذا لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر ، سقط حكم الضمان ، ويبقى عقد الرهن فلكل منهما أن يرده رهنا كما كان . وهذا

بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرهما أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ، فلا يعود إلا بعقد مبتدأ ، حتى لو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء . وثمن المرهون المبيع رهن مكانه . وكذا لو باع العدل المضمون يخرج من أن يكون رهنا ، ويصير الثمن رهنا مكان الأول مقبوضا كان الثمن أو لم يكن ، وإذا توى كان من مال المرتهن . ولو استأجره مرتهنه جاز ، وبطل الرهن لوجود القبض للإجارة ، حتى لا يكون للمرتهن أن يعود في الرهن ، فيهلك أمانة لو لم يحبسه عن راهنه بعد مضى الإجارة . ولو أجر المرتهن الرهن من الراهن لا تصح الإجارة ، ويكون للمرتهن أن يعود في الرهن ويأخذه . ولو رهن المرتهن الرهن لأجنبي بإذن الراهن ، يخرج عن الرهن الأول ، وصار كأن المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول للرهن فرهنه . ولو رهنه مرتهنه بلا إذن راهنه لم يجز ، وللراهن إبطاله ، ولو هلك فالراهن الأول لو شاء ضمن الاول وضمانه ضمان رهن ويهلك في يد الثاني بدين الضامن إذ ملكه بضمانه فكأنه رهن ملك نفسه ، ولو ضمن الثاني فضمانه ضمان رهن عند الأول ويبطل الرهن عند الثاني ويرجع الثاني على الأول بما ضمن بدينه (مجمع الضمانات ص ١٠٣ — ص ١٠٥) .

(٥) جناية الراهن على الرهن مضمونة ، وجناية المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها . فإذا استهلك الراهن الرهن ، فإن كان الدين حالا أخذ منه كل الدين ، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمته فتكون رهنا مكانه إلى حلول الأجل . ولو استهلكه أجنبي ، فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده . ولو استهلكه المرتهن وكان الدين مؤجلا ، غرم القيمة وكانت رهنا في يده حتى يحل الأجل ، فإذا حل الدين استوفى المرتهن منها قدر حقه ورد الفضل إن كان (مجمع الضمانات ص ١١٤) .

التزام الوكيل بحسن ادارة اعمال الموكل :

يلتزم الوكيل فيما يلتزم به نحو موكله أن يقوم بالعمل المنوط به وأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد ، فإذا انحرف عن السلوك المألوف فى تنفيذ الوكالة كان متعديا وضمن .

ويلاحظ فيما يتعلق بهذا الالتزام ما يأتى :

(١) إذا وكل المالك وكيلا فى البيع ولم يذكر له أن يؤجل الثمن ، فالمألوف فى التعامل أن يكون الثمن معجلا ، فلو أجله الوكيل انحرف عن المألوف فى التعامل ، وكان للموكل أن يطالبه بالثمن فى الحال . ولو قبض الوكيل الثمن زيوفا وتجوز بها صح عليه ، ويضمن لموكله مثل دراهمه لو علم ونمت قبضه ، وإلا فلا يضمن (مجمع الضمانات ص ٢٤٦) . ويجوز للوكيل إذا لم يعين المالك الثمن ، أن يبيع بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان لايجوز بيعه بنقصان لايتغابن الناس فيه ولايجوز إلا بالدراهم والدنانير . والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ، ولا يجوز فيما لايتغابن الناس فى مثله (مجمع الضمانات ص ٢٤٩) . وجاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٥١) : « رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره بأن يشترى له حنطة ويزرعها ، فاشترى المأمور حنطة فزرعها فى وقت لايخرج الزرع . قالوا إن كان اشتراها الوكيل فى أوان الزراعة وزرعها فى غير أوانها ، يجوز الشراء على الآمر ، وعلى المأمور مثل تلك الحنطة لأنه صار مستهلكا بإلقائها فى الأرض فى غير أوان الزراعة . وإن كان اشتراها فى غير أوان الزراعة ، كان المأمور مشتريا لنفسه ، فيضمن دراهم الآمر ، لأن الآمر بالشراء للزراعة مقيد بأوان الزراعة كالأمر بشراء الجمد والفحم » .

(٢) الوكيل فى عقد وكيل فى حقوق هذا العقد حتى لونهاه الموكل ، فلا يكون متعديا ولايضمن إذا قام بمستلزمات العقد . فالوكيل بالبيع إذا

باع ، ونهاه الموكل عن قبض الثمن إلا بحضرة الشهود أو إلا بمحضر فلان أو نهاه عن قبض الثمن ، لا يصح نهيه ، وله أن يقبض الثمن بغير شهود وبغير محضر فلان (مجمع الضمانات ص ٢٤٧) .

(٣) مايقبضه الوكيل لحساب الموكل أمانة فى يده ، إن هلك بغير تعد فقد هلك على الموكل . جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٤٩) : « رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشترى له بها عبداً ، فوضع الوكيل الدراهم فى منزله ، وأراد أن يأخذ الدراهم ليدفعها إلى البائع ، فإذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد فى منزله . فجاء البائع وطلب منه الثمن ، وجاء الموكل فطلب منه العبد ، كيف يفعل ؟ قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا فى يده على الأمانة . قال الفقيه أبو الليث هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك فى يده ، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق فى نفى الضمان عن نفسه ولا يصدق فى إيجاب الضمان على الآمر » . والوكيل بالشراء إذا قبض الثمن فهلك عنده ، إن كان قبض الثمن من الموكل قبل الشراء يكون أمانة ، سواء هلك قبل شراء الوكيل أو بعده ، وإن قبض الثمن من الموكل بعد الشراء يهلك مضموناً . فلو وكل إنساناً بالشراء ودفع إليه المال ، فاشترى الوكيل ولم ينقد الثمن حتى هلك ، يرجع عليه مرة أخرى ، فإن هلك ثانياً لا يرجع بذلك (مجمع الضمانات ص ٢٥٣) . والوكيل بالشراء إذا أخذ السلعة على سوم الشراء فأذاها للموكل فلم يرض وردها على الوكيل ، فهلكت قبل أن يردها على البائع ، ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع ، ولا يرجع بها على الموكل إذا لم يكن الموكل أمره بالأخذ على سوم الشراء ، والأمر بالشراء لا يكون أمراً بالأخذ على سوم الشراء . فإن كان الآمر أمر بالأخذ على سوم الشراء ، فهلكت عند الوكيل ، كان للوكيل أن يرجع بها على الموكل (مجمع الضمانات ص٢٥٨) .

(٤) الوكيل بقبض الثمن أو الأجرة لو وكل من ليس فى عياله بقبض ذلك جاز ، إذ حق القبض للوكيل فله تفويضه إلى غيره . لكن الوكيل يضمن

للآمر لو هلك فى يد وكيله قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ، كقبضه بنفسه ثم دفعه إلى من ليس فى عياله (مجمع الضمانات ص ٢٦٢) .

(٥) الوكيل بالبيع والشراء لايجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له ، إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة . وقال الصاحبان يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه (مجمع الضمانات ص ٢٦١) .

المطلب الثانى

الضرر فى الفقه الاسلامى

فكرة الضرر فى الفقه الاسلامى فكرة محدودة ضيقة :

يختلف الفقه الإسلامى عن الفقه الغربى اختلافا بينا فى تحديد معنى الضرر . ففى الفقه الغربى يعوض عن كل ضرر مادى أو أدبى . وفى الضرر المادى يعوض عن كل مايحمله الدائن من خسارة ومافاته من ربح ، ولوكان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أى أمر آخر . وقد رأينا أنه لايشترط فى الضرر إلا أن يكون مباشراً ، وإلا أن يكون فى المسئولية العقدية ضرراً متوقعاً على التفصيل الذى قدمناه .

أما فى الفقه الإسلامى فإنه يشترط فى الضمان أن يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه . فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل . إلا فى استثناءات محدودة سيأتى ذكرها . ومن باب أولى لاتعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أى ربح فاته ، إذا لم يكن هناك مال متقوم فى ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمته . فلو ضمن المدين داراً ، دفع قيمتها ، ولا يدفع ماخسره صاحب الدار من الانتفاع بها مدة من الزمن ، ولا مافاته من كسب لو باعها بقيمتها واشترى صفقة رابحة .

ويزيد فى التضييق من فكرة الضرر فى الفقه الإسلامى قاعدتان معروفتان فيه ، نعرض لهما فى إيجـــاز ، وهما : (١) الخراج بالضمان (٢) الأجر والضمان لا يجتمعان .

الخراج بالضمان :

نصت المادة ٨٥ من المجلة على أن « الخراج بالضمان » . يعنى أن من يضمن شيئاً لو تلف ، ينتفع به فى مقابلة الضمان . مثلا لو رد المشترى حيوانا بخيار العيب وكان قد استعمله مدة ، لا تلزمه أجرته ، لأنه لو كان قد تلف فى يده قبل الرد لـكان من ماله ، أى أن خسارته كانت راجعة عليه » .

ويقول الأستاذ سليم باز (ص ٥٧) فى التعليق على هذا النص : « الخراج ماخرج من الشىء ، فخراج الشىء ثمره ، وخراج الحيوان دره ونسله . ومن فروع هذه القاعدة ماسيأتى فى خيار العيب من أن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل ، كالـكسب والغلة ، لا تمنع الرد بالعيب ، وتسلم للمشترى . ولا يضر حصولها له مجانا لأنها لم تـكن جزءاً من المبيع ، فلم يملـكها بالثمن إنما ملـكها بالضمان (أشباه) » .

الأجر والضمان لا يجتمعان :

نصت المادة ٨٦ من المجلة على أن « الأجر والضمان لا يجتمعان » . فإذا جاوز المستأجر المشروط بوجه يوجب الضمان ، كما إذا استأجر دابة إلى محل معين فجاوز هذا المحل وهلـكت الدابة فلزمه الضمان ، لم يجتمع الأجر مع الضمان فلا أجر على المستأجر . أما لو سلمت الدابة فيلزمه الأجر المسمى لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها وزيادة ، ولا أجر عليه لزيادة المسافة لأنه فى هذه الزيادة كان ضامنا للدابة .

وقد يصل القياس فى هذه القاعدة إلى حد الغرابة ، ولذلك يعدل عنه

إلى الاستحسان . فإذا استأجر عينا لغرض معين ، فاستعملها لغرض آخر ، فالقياس أنه لا يضمن ولا أجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان . فإذا فرض أن العين لم يصبها ضرر من استعمالها فى الغرض الآخر ، فإنه لا يضمن شيئا ولا يجب عليه الأجر ، ولذلك قيل إنه يجب الأجر فى هذه الحالة استحسانا لا قياسا . وقد جاء فى مجمع الضمانات (ص ٣٥) : « لو أقعد بها قصاراً فانهدمت من عمله ضمن ، ولا يجب الأجر فيما ضمن .. ولو لم ينهدم شىء من القصارة لا يجب الأجر قياسا ، ويجب المسمى استحسانا » .

ويلاحظ أن هناك قاعدة ثالثة فى الفقه الإسلامى تكمل القاعدتين السابقتين ، وتقضى بأن الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه . فهل يمكن أن نقرن هذه القاعدة الأخيرة بالقاعدة التى تقضى بأن الأجر والضمان لا يجتمعان ، فيكون الضابط فى عدم اجتماع الأجر والضمان أن يقع الضمان فعلا ، فيدفع المدين قيمة الشىء أو مثله ، ويعتبر مالكا له من يوم قبضه ، وتكون منافعه له كمالك ، فلا يجب عليه الأجر ؟ إذا صح هذا التصوير ، وجب القول بأن الأجر والضمان لا يجتمعان فى حالة وجوب الضمان فعلا . أما إذا لم يجب الضمان ، فمجرد احتمال تحمل تبعة الهلاك لا يمنع من الأجر ، ويكون اجتماع الأجر واحتمال تحمل التبعة فى هذه الحالة آتياً على سبيل القياس .

ونأتى ، بعد ماقدمناه ، بتطبيقات تبين متى يعوض عن الضرر فى الفقه الإسلامى ، وأخرى تبين متى لا يعوض عنه .

متى يعوض عن الضرر فى الفقه الاسلامى :

قدمنا أن الضمان يجب فيه أن يكون المضمون مالا متقوماً فى ذاته ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه .

فالعين المأجورة ، قيمية أو مثلية ، وهى مال متقوم فى ذاته ، تكون محلا

للضمان . فإذا تلفت أو ضاعت فى يد المستأجر ، وكان ذلك بتعديه أو تعمده، وجب عليه الضمان . فلو استأجر دابة ليحمل عليها الحطب إلى المصر ، فحملته وصدمت حائطاً فوقعت فى النهر ، وكان الطريق وعراً ويعلم المستأجر أن وقر الحطب لا يمر سالماً فى الغالب من هذا الطريق ، ضمن الدابة لصاحبها . ويكون الضمان بدفع قيمة الدابة . وكذلك يدفع القيمة كلها لو ضرب الدابة فماتت من الضرب أو ساقها بعنف وشدة فهلكت . ولو استأجر ثوباً فلبسه على خلاف المعتاد فتخرق الثوب ، ضمن نقصان قيمته بأن يقوم سالماً ثم يقوم مخروقا فيضمن التفاوت ما بين القيمتين.

ولو تلفت العين المستأجر فيها أو المودعة أو المعارة بتعدى الأجير الخاص أو المشترك أو بتعدى المودع عنده أو بتعدى المستعير ، أو تلفت العين المسلمة على سوم الشراء مع بيان ثمنها ولو بغير تعد ، ضمن المدين قيمتها أو مثلها أو نقصان القيمة بحسب الأحوال . ولو ضرب الراعى الشاة ففقأ عينها أو كسر رجلها ، ضمن نقصان القيمة . ولو أعطى الخياط قماشاً وقال إن خرج قباء فصله ، فقال الخياط إنه يخرج ثم فصله ، ولكنه لم يخرج قباء ، كان لصاحب القماش أن يضمن الخياط قماشه ، وذلك بأن يستبقى الخياط القماش له ولا يأخذ أجراً على عمله ثم يعطى صاحب القماش مثل قماشه أو قيمته .

متى لا يعوض عن الضرر فى الفقه الإسلامى :

فإذا لم يكن المضمون مالا متقوماً فى ذاته، فإن الفقه الإسلامى لا يعوض عن الضرر .

وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عدم ضمان المنافع فى الفقه الإسلامى ، لأنها أموال غير متقومة فى ذاتها ، وذلك على التفصيل الآتى : الأصل أن المنفعة ـ كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير ـ من قبيل الأعراض ، فهى

ليست مالاً متقوماً فى ذاته حتى يجب فيه الضمان . ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار، فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة ، لا بحكم الضمان ، بل بحكم العقد الذى قومها . ومن ثم لا تكون المنفعة مضمونة بالغصب إذ لا عقد هنا يقومها . وقد جاء فى مجمع الضمانات (ص٢٤١) : « لو اشترى طاحونة فكانت فى يده مرة ، ثم استحقها رجل ، فليس له أن يطالب المشترى بغلات الطاحونة ، لأنه ليس من أجزاء المبيع بل كسبه وفعله . سئل حافظ الدين البزازى عن رجل اشترى كرماً فقبضه ، وتصرف المشترى فيه ثلاث سنين أو أكثر أو أقل ، ثم استحق الكرم المذكور رجل آخر فأقام بينة وأخذه بقضاء القاضى . ثم طلب المستحق من المشترى الغلة التى تصرف فيها المشترى، هل يجب على المشترى رد الغلة أم لا ؟ ولو كان الكرم خراباً حتى اشترى ، وعمر المشترى وأنفق فى عمارته من قطع الكرم وإصلاح السواقى وبناء الحيطان ومرمته ، فازدادت قيمة الكرم وصار يساوى ضعف الثمن أو أضعافه ، هل يوضع من الغلة مقدار ما أنفق أم لا ؟ فأجاب إن كانت الغلة قائمة فى يد المقضى عليه وقت القضاء وعلم القاضى بها ردها إلى المقضى له ، وهو متبرع بما أنفق . ولو هالكة وخارجة عن ملكه وقت القضاء به فلا، نص عن محمد فى مشتمل الأحكام » .

استثناءات ثلاثة يعوض فيها عن المنافع فى الفقه الاسلامى :

ولما كانت هذه النظرة إلى المنافع نظرة صناعية محضة ، وهى نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية، فقد وسع الفقه الحنفى منها قليلا باستثناءات ثلاثة:

أولا - إذا استخدم شخص صغيراً بدون إذن وليه ، كان للصغير متى بلغ أن يأخذ أجر مثل خدمته عن تلك المدة ، ولو توفى الصغير فلورثته أن يأخذوا أجر مثل المدة من مستخدم الصغير (م ٥٩٩ المجلة) . ذلك أن عقد إيجار الأشخاص هنا لا ينفذ لأنه انعقد دون إذن الولى ، فلا يستطيع الصغير أن يرجع بالأجر المسمى فى العقد على مستأجره . فأعطى للصبى عند بلوغه أن يرجع بالتعويض على مستأجره عن العمل الذى قام به له ، وهذا العمل

يعتبر فى الفقه الإسلامى منفعة الآدمى فيرجع بأجر المثل لا بالأجر المسمى. وكان الأصل الا تعويض عن المنفعة، ولكن أجيز التعويض هنا رعاية للصغير. والظاهر أنه إذا أجاز الولى عقد الإيجار، أو بلغ الصبى وأجاز العقد، رجع الصبى على مستأجره بالأجر المسمى بموجب العقد، لا بأجر المثل بموجب الضمان.

ثانياً - إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، فحينئذ يلزم من يستولى عليه ضمان المنفعة أى أجرة المثل. فلو سكن شخص دار آخر مدة بدون عقد إيجار لاتلزمه الأجرة، لكن إن كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير لزمه أجر مثل المدة التى سكنها فى كل حال (م ٥٩٦ من المجلة).

ويقول الأستاذ سليم باز (ص ٣١٩) تعليقاً على المادة ٥٩٦ من المجلة: «ولا فرق فيما إذا كان الوقف موقوفا للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما كالمسجد، فقد أفتى العلامة المقدسى فى مسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة بلزوم أجر مثله مدة شغله، كذا فى الخيرية والحامدية. وبناء عليه إذا ضبط أحد تغلبا ومستقلا طاحونة مشتركة بينه وبين وقف او صغير وتصرف فيها مدة، كان للمتولى أو للوصى بعد استخلاص حصة الوقف أو اليتيم أن يغرم الغاصب أجرة المثل بالغة ما بلغت، كما فى الخانية. وكذا لو كان للوقف دار بشروط السكنى فيها لاثنين، فضبط أحدهما تلك الدار وسكنها مدة تغلبا ومستقلا بدون إذن الآخر، كان للمتولى أن يغرمه أجر مثل حصة رفيقه عن المدة كلها».

ثالثا - إذا كان المال معدا للاستغلال، فيلزم من يستولى عليه ضمان المنفعة أى أجر المثل إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد. فإذا كانت الدار دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد، يلزم أجر المثل، ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها لزمه أجر المثل (م ٥٩٦ المجلة). ذلك أن المستولى باستيلائه على مال بدون تأويل عقد أو ملك مع

علمه أنه معد للاستغلال يكون بمثابة من قبل استئجار هذا المال من صاحبه، ولما لم يكن هناك أجر متفق عليه كان الواجب أجر المثل.

ويخلص من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة لضمان المنفعة فى الحالة الثالثة التى نحن بصددها :

(١) أن يكون المال معدا للاستغلال ، كالخان والحمام ودار الكراء .

(٢) وأن يكون المستولى على المال عالماً أنه معد للاستغلال، فلو لم يعلم بذلك لم يجب عليه الضمان . ولكن إذا طالبه المالك بالأجرة فسكت وبقى ساكتا، يلزمه الأجر الذى سماه المالك، لأنه بسكناه يكون راضياً بالأجر .

(٣) وألا يكون المستولى على المال قد استولى عليه بتأويل ملك أو عقد . فلا يلزم ضمان المنفعة فى مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال، فلو اشترى حانوتا أو خانا أو طاحونة أو نحو ذلك من الأموال المعدة للاستغلال، وتصرف فيه مدة، ثم استحقه رجل، لا يلزم المشترى أجر المدة لأنه إنما تصرف فيه على أنه ملكه . ولو تصرف أحد الشركاء بالاستقلال فى المال المشترك بدون إذن شريكه، فليس للشريك الآخر ان يطالبه بأجرة حصته، لأنه استعمله على أنه ملكه . ولو غصب رجل دار آخر ، سواء كانت معدة للاستغلال أو غير معدة ، وسكنها مدة على أنها ملكه ، لم يجب عليه الأجر للمالك ، لأنه سكن الدار على أنها ملكه . كذلك لا يلزم ضمان المنفعة فى مال استعمل بتأويل عقد، وإن كان معداً للاستغلال . فلو باع واحد من آخر حانوتا يملكه بالاشتراك مع غيره بدون إذن شريكه ، وتصرف فيه المشترى مدة ، ثم لم يجز البيع الشريك الآخر واسترد حصته من المبيع ، فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحانوت معدا للاستغلال ، لأن المشترى استعمله بتأويل عقد هو عقد البيع . وكذلك لو ارتهن رجل حانوتا وتصرف فيه مدة ، ثم بان الحانوت لغير الراهن ،

فليس للمستحق أن يضمن المرتهن أجر المثل ، لأنه استعمل الحانوت بتأويل عقد الرهن (الأستاذ سليم باز ص ٣٢١) .

هذه هي الاستثناءات الثلاثة التي أقرها المذهب الحنفي . وعند الشافعي منافع المغصوب مضمونة ، جاء في مجمع الضمانات (ص ١٣٠) : « ومنافع الغصب لاتضمن عندنا ، سواء استوفاها الناصب أوعطله ولم يستعمله . فإذا استعمل عبداً أو حراً قهراً أو أمسكه زمانا ولم يستعمله ، لا يضمن شيئا عندنا ، خلافا للشافعي ، من الحقائق . ولو استعمل المغصوب بأن كان عبداً فأجره ، فالاجرة له ولا تطيب له فيتصدق بها . وكذا لوربح بدراهم الغصب ، كان الربح له ويتصدق به . ولو دفع الغلة إلى المالك ، حل للمالك تناولها كما في الهداية . وفي الاشباه منافع الغصب لاتضمن إلا في ثلاث ، مال اليتيم ومال الوقف والمعد للاستغلال » .

اتجاه ملحوظ في الفقه الاسلامي نحو التعويض عن المنفعة :

ويخلص مما قدمناه أن هناك تيارات ملحوظة في الفقه الإسلامي تتجه إلى ضمان المنافع . الشافعي يجعلها مضمونة في الغصب . والحنفية يجعلون الاجرة والربح للغاصب ، ولكن ذلك لايطيب له ويجب عليه أن يتصدق به ، ولو دفعت الغلة إلى المالك حل له تناولها . وهذا يقرب من فكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الغربي ، فيكون في ذمة الغاصب للمغصوب منه التزام طبيعي أن يرد له غلة المغصوب ، فإذا ردها حل للمالك تناولها لانه إنما يستولى على حقه ولا يجوز للغاصب استردادها منه بعد أن ردها إليه ، وإذا لم يردها لم تطب له ووجب عليه التصدق بها . هذا إلى أن المذهب الحنفي يجعل المنافع مضمونة في حالات ثلاث . وإذا كان هذا المذهب قد أقر الحالتين الأولين - أجر الصغير وأجر مال الوقف ومال الصغير - لأسباب إنسانية ولحماية الوقف ، فإن الثالثة - أجر المال المعد للإستغلال - قد أقرها لأسباب فنية ،

ومن ثم فهى الحالة التى نقف عندها . وخلاصة القول فيها أن الأصل فى المذهب الحنفى أن المستولى على مال غيره لا يضمن منفعته ، لأن المنفعة لا تتقوم إلا بالعقد فهى ليست مالا متقوما فى ذاته . ولكن الفقه الحنفى ، إبتغاء توسيع هذه القاعدة الضيقة ، افترض عقد إيجار ضمنى ، إذا وضع المسئول يده على مال الغير المعد للإستغلال وهو يعلم ذلك ولم يضع يده كمالك أو بتأويل عقد آخر . وينقض افتراض الإيجار الضمنى أن يكون المال غير معد للاستغلال ، أو يكون معداً له ولكن المستولى يعلم ذلك ، أو كان يعلم ولكنه وضع يده على المال بتأويل عقد آخر غير الإيجار الضمنى أو بتأويل ملك مما يتعارض مع افتراض الإيجار الضمنى . فعقد الإيجار المفترض هذا - وقد أقيم بحيث لا يتعارض مع الملابسات والظروف - صناعة فقهية أريد بها التوسيع من قاعدة ضيقة جامدة . فن هنا يجب أن يستمر التطور ، بحيث يفترض الإيجار فى كل الظروف ، ثم يترك هذا الفرض بتاتا ويقال مباشرة بتقوم المنافع : وهذا هو ما فعله التقنين المدنى العراقى ، فقد وصل فى مراحل هذا التطور إلى المرحلة الأخيرة .

تقوم المنافع ووجوب التعويض عنها فى التقنين المدنى العراقى :

سار التقنين المدنى العراقى فى مراحل التطور إلى غايتها ، وأصبح يضاهى الفقه الغربى فى تقويم المنافع ووجوب التعويض عنها فى المسئوليتين العقدية والتقصيرية . بل هو قد وضع القاعدة العامة المقررة فى الفقه الغربى من وجوب أن يشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان هذا نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه ، أى متى كان الضرر نتيجة مباشرة للخطأ . ونص صراحة كذلك على أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى ، فلا يقتصر على الضرر المادى ، وعلى أن الأجر والضمان قد يجتمعان . ونورد النصوص الواردة فى هذا المعنى :

م ١٦٩ عراقى : «١ — إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون ، فالمحكمة هى التى تقدره . ٢ — ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد ، سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أى حق عينى آخر أو التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل . ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر فى استيفائه ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به . ٣ — فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما ، فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت » .

م ٢٠٥ عراقى : «١ — يتناول حق التعويض الضرر الأدبى كذلك . فكل تعد على الغير فى حريته أو فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى يجعل المتعدى مسئولا عن التعويض . ٢ — ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبى بسبب موت المصاب . ٣ — ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبى إلى الغير ، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائى » .

م ٢٠٧ عراقى : «١ — تقدر المحكمة التعويض فى جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع . ٢ — ويدخل فى تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ، ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر » .

م ٢٠٩ عراقى : «١ — تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز فى هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ — ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر ، أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل فى المثليات وذلك على سبيل التعويض » .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

فى الفقه الإسلامى

السبب الأجنبى فى الفقه الإسلامى وأثره فى الضمان :

نبحث فى الفقه الإسلامى عما يقابل السبب الأجنبى فى الفقه الغربى ، ثم ننظر فى أثر السبب الأجنبى فى الضمان .

§ ١ — السبب الأجنبى فى الفقه الإسلامى

يمكن أن نجد فى الفقه الإسلامى ما يقابل القوة القاهرة أو الحادث الفجائى وكثيراً ما يسمى بالآفة السماوية . ثم نجد أن خطأ المضرور أو خطأ الغير ، وكثيراً ما يسمى بفعل الأجنبى ، له أثر كبير فى الضمان .

ويمكن القول بوجه عام إن عبء إثبات السبب الأجنبى يكون على الدائن إذا كانت يد المدين يد أمانة .

القوة القاهرة أو الآفة السماوية :

يبدو من نصوص الفقه الإسلامى أن هناك ما يقابل القوة القاهرة فى الفقه الإسلامى ، ويطلق عليه فى بعض النصوص عبارة « الآفة السماوية » . وقد رأينا أن ما يصيب الثمرة من السماء يسمى « بالجائحة » ، وهو ضرب من ضروب الآفات السماوية تناولناه عند الكلام فى نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الإسلامى .

ومن التطبيقات التى وردت فى نصوص الفقه الإسلامى للآفة السماوية

وللجائحة هلاك الشاة بآفة سماوية ، وأكل الذئب للغنم بشرط أن يتعدد الذئب أما الواحد فيمكن للراعى مقاومته ، والحريق الغالب ، وغرق السفينة وأمر السلطان ، وسقوط الآنية بغير فعل المدين ، وانزلاق الحيوان ، والبرد ، والقحط ، والعفن ، والعطش .

ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هى أمر ليس فى الإمكان الاحتراز عنه ، ولا فى الوسع توقعه ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وهذا هو عين ما قررناه فى الفقه الغربى .

ونورد بعض النصوص فى هذا المعنى : « الأجير المشترك إنما يضمن ماجنت يداه بشرائط ثلاثة : أحدها أن يكون فى وسعه دفع ذلك الفساد ، حتى لو غرقت السفينة من موج أو جبل صدمها ، أو زلق الحمال إذا زحمه الناس وانكسر الدن ، أو مات المختون من ذلك ، لا يضمن . . » (مجمع الضمانات ص ٢٨) .

« أما إذا هلكت (شاة) عند السقى بآفة سماوية ، فلا يضمن (الراعى) . وفى البزازية لو أكل الذئب الغنم والراعى عنده ، إن كان الذئب أكثر من واحد لا يضمن لأنه كالسرقة الغالبة ، وإن كان واحداً ضمن لأنه تمكن المقاومة معه فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه بخلاف الزائد على الواحد » (مجمع الضمانات ص ٢٩ — ص ٣٠) .

« الأجير المشترك هو الذى يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ ، فله أن يعمل للعامة ، ومن هذا سمى مشتركا . والمتاع أمانة فى يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ، ولا أجر له ، عند أبى حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن » (مجمع الضمانات ص ٢٧) .

« استأجر جوالقا ليحمل فيه شيئا وأخذ الجوالق ، فأخذه السلطان ليحمل له حملا فذهب الحمال واشتغل بما امره به السلطان ، فسرق الجوالق .

فلو لم يجد الحمال بدأ من أمر السلطان وخاف العقوبة بترك ذلك لم يضمن ، لأنه مضطر فلا يجب الحفظ . ولو له بد من أن يشتغل بذلك الحمل ، ضمن بترك الحفظ . . حمال زلق رجله يضمن ، وقيل ينبغى ألا يضمن قياسا على من استأجرت ثوبا لتلبسه فتخرق من لبسها فإنها لا تضمن من الفصولين . وفى القنية عن صاحب المحيط والصحيح عدم الضمان . وكذا مسألة القصعة لا يضمن إن سقطت حال الانتفاع بها . وفى الخلاصة استأجر قدراً ، فلما فرغ حملها على الحمار وذهب بها إلى صاحبها ، فزلق الحمار فانكسرت ، لا يضمن إن كان حماراً يطيق ذلك وإن كان الرد على المؤجر إلا أن العادة أن المستأجر يحمل » (مجمع الضمانات ص ٢٣ – ص ٢٤) .

خطأ المضرور :

إذا كانت يد المدين يد أمانة ، وهلك الشىء بخطأ الدائن أى خطأ المضرور ، لم يضمن المدين الهلاك ، فقد قام بواجبه من الحفظ ، والهلاك قد حدث بسبب أجنبى عنه وهو خطأ المضرور .

وإذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المبيع ، فالأصل أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبى ، وهذا ما لم يكن السبب الأجنبى هو خطأ المشترى أى خطأ المضرور . فإذا كان الهلاك بخطأ المشترى ، ولو قبل قبض المبيع ، لم يضمن البائع . ونرى من ذلك أن خطأ المضرور عندما تكون يد المدين يد ضمان أبعد أثراً من خطأه عندما تكون يد المدين يد أمانة .

جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢٣٦) : وذكر فى المنتقى رجل اشترى سمنا ودفع إلى البائع ظرفا وأمره بأن يزن فيه ، وفى الظرف خرق لا يعلم به المشترى والبائع يعلم به ، فتلف ، كان التلف على البائع ولا شىء له على المشترى . وإن كان المشترى يعلم به والبائع لا يعلم ، أو كانا يعلمان جميعا ، كان

المشترى قابضا للمبيع وعليه جميع الثمن » . . « وإن هلك المبيع (قبل القبض) بفعل المشترى ، فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار له . وإن كان البيع فاسداً أو بشرط الخيار للبائع ، لزم المشترى ضمان مثل المبيع إن مثليا أو قيمته إن قيميا » (سليم باز فى شرح المادة ٢٩٣ من المجلة ص ١٥٠) . وتفسير ذلك أنه فى الحالة الأولى يتخلص البائع من التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشترى ، إذا أصبح تنفيذ التزامه هذا مستحيلا بفعل المضرور نفسه ، فتنتفى علاقته السببية بين فعل البائع والضرر الذى أصاب المشترى ، فيهلك المبيع على المشترى بثمنه . أما فى الحالة الثانية فالبائع الذى له الخيار يفسخ البيع بحكم الخيار ، والبائع بعقد فاسد يفسخ البيع بحكم الفساد ، ويبقى المشترى مسئولا عن هلاك المبيع لأنه هو الذى تسبب فى هذا الهلاك ، فيرجع البائع عليه بمثله أو بقيمته .

خطأ الغير :

إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبى ، انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فلا يضمن المدين . فإذا سرقت العارية من المستعير ، فلا يضمن ، لأن السرقة بفعل أجنبى ولا يد له فيها . وإذا تعدى السلطان على الوديعة مهدداً المودع عنده بأذى لايطيقه ، لم يضمن المودع عنده تعدى السلطان إذ يعتبر هذا التعدى فعل الأجنبى . وإذا هلكت الوديعة بفعل عدو مكابر ، كان هذا فعل الأجنبى ، ولم يضمن المودع عنده .

ونورد نصوصا فيما تقدم : « استعار ثوبا من رجل ، ثم طلب المعير أن يرده فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك ، ثم فرط فى الدفع حتى مضى شهر ، فسرق من المستعير . قال إن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب ، لاضمان عليه . وإن كان قادراً على الرد فإن أظهر المعير السخط والكراهة فى الإمساك ضمن المستعير ، وكذلك إذا لم يظهر السخط ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت

بالشك ، وإن صرح بالرضا لايضمن » . (مجمع الضمانات ص ٦٦) . « رجل أودع عند فامى ثيابا ، فوضعها الفامى فى حانوته . وكان السلطان يأخذ الناس بمال فى كل شهر جعله وظيفة عليهم ، فأخذ السلطان ثياب الوديعة من جهة الوظيفة ورهنها عند غيره فسرقت . قالوا إن كان الفامى لايقدر على منع السلطان من رفعها لايضمن لأنه أمين ، ويضمن المودع لأنه مرتهن الغاصب ، فيخير المالك إن شاء ضمن السلطان وإن شاء ضمن المرتهن . . رجل فى يديه مال إنسان ، فقال له السلطان الجائر إن لم تدفع إلى هذا المال حبستك شهراً أو ضربتك ضربا ، لايجوز له أن يدفع المال ، فإن دفع كان ضامنا . وإن قال له إن لم تدفع إلى المال أقطع يدك أو أضربك خمسين سوطا فدفع إليه ، لايكون ضامنا ، لأن دفع مال الغير إلى الجائر لايجوز إلا أن يخاف تلف عضوه والضرب المتوالى يخاف منه التلف » (مجمع الضمانات ص ٧٤) . « المتاع أمانة فى يده (يد الأجير المشترك) ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ، ولا أجر له ، عند أبى حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لايمكن الاحتراز عنه ، كالعدو المكابر والحريق الغالب ، لايضمن » (مجمع الضمانات ص ٢٧) .

وفى كل ماقدمناه كانت يد المدين يد أمانة ، فلا يحمل المدين تبعة فعل الأجنبى . أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل قبض المبيع ، وهلك المبيع بفعل أجنبى ، فالهلاك على البائع وتحمل هذا تبعة فعل الأجنبى لأن التزامه التزام بتحقيق غاية ، وهذا بخلاف فعل المضرور أى فعل المشترى فقد رأينا فيما قدمناه أن البائع لايحمل تبعته . جاء فى مجمع الضمانات (ص ٢١٨) . « إذا اشترى حطبا ، فلما ذهبا فى الطريق غصب الحطب من البائع فهو على البائع ، لأن على البائع تسليم المبيع إلى المشترى » .

§ ٢ — أثر السبب الأجنبي فى الضمان

التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان فى الفقه الإسلامي :

لتبين أثر السبب الأجنبي فى الضمان ، يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان فى الفقه الإسلامى . ويمكن تأصيل هذا التمييز الهام بمراعاة الأسس الآتية :

أولا : الأصل أن المالك إذا جمع إلى الملك الحيازة ، تحمل تبعة الهلاك ، وهذا أساس بديهى .

ثانيا : فإذا انفصلت الحيازة عن الملك ، وكانت فى يد غير يد المالك ، فسواء انتقلت الحيازة بعقد كالإيجار والعارية والوديعة ، أو بإذن كما فى سوم الشراء ، أو بغير إذن كما فى الغصب ، فإن الحائز يحمل تبعة الهلاك إذا كانت يده يد ضمان ويكون التزامه برد الشيء إلى مالكه التزاما بتحقيق غاية ، ويحمل المالك تبعة هلاك الشيء إذا كانت يد الحائز يد أمانة ويكون التزام الحائز برد الشيء إلى مالكه التزاما ببذل عناية .

ثالثا : وتعتبر يد الحائز يد ضمان إذا كان يحوز الشيء لمصلحة نفسه ، فالغاصب يده يد ضمان لأنه يحوز المغصوب كمالك له ، والقابض على سوم الشراء مع تعيين الثمن يحوز الشيء لمصلحة نفسه لأنه يحوز الشيء بقصد شرائه لنفسه . أما إذا كان الحائز يحوز الشيء لمصلحة المالك ، فإن يده تكون يد أمانة ، فالمستأجر يده يد أمانة لأنه يحوز العين المؤجرة لحفظها لمصلحة المؤجر أما منفعة العين فيقبضها لمصلحة نفسه ، وكذلك المستعير ، والمودع عنده يده يد أمانة لأنه يحوز الوديعة لمصلحة المودع ، والمرتهن يده على المرهون يد ضمان بمقدار الدين لأنه يحوز هذا القدر لمصلحة نفسه توثيقا لدينه ، ويده يد أمانة فيما جاوز الدين لأنه يحوز هذا القدر لحفظه لمصلحة المالك .

رابعا : إلا أنه إذا كان شخص قد كسب الملكية بعقد كما فى البيع ، فإذا هلك المبيع قبل التسليم فقد انفسخ البيع ، واعتبر البائع هو المالك والحائز فى وقت واحد وذلك منذ البداية ، فتحمل تبعة الهلاك .

وقد عالج التقنين المدنى العراقى يد الأمانة ويد الضمان نقلا عن الفقه الحنفى فى النصوص الآتية :

م ٤٢٦ : إذا انتقل الشىء إلى يد غير صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان ، هلك الشىء على صاحب اليد . وإن كانت يد أمانه ، هلك الشىء على صاحبه .

م ٤٢٧ : ١ — تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشىء بقصد تملكه . وتكون يد أمانة إذا حاز الشىء لابقصد تملكه ، بل باعتباره نائبا عن المالك .

٢ — وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشىء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه .

م ٤٢٨ : إذا انتقلت ملكية الشىء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان . وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس .

ويمكن القول إنه إذا كانت يد المدين يد أمانة ، فإن التزامه يكون التزاما ببذل عناية وإذا كانت يده يد ضمان ، فإن التزامه يكون التزاما بتحقيق غاية .

السبب الأجنبي ينفى الضمان فى يد الأمانة لا فى يد الضمان :

والسبب الأجنبي لاينفى الضمان فى الفقه الإسلامى إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة . فالمستعير والمستأجر والمودع عنده والوكيل والشريك وغيرهم ممن يده يد أمانة ، تنتفى المسئولية عنهم ولايضمنون إذا هلك الشىء بسبب أجنبي ، بل يكفى فى كثير من الأحوال لانتفاء المسئولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين ، وهى مرتبة أدنى من السبب الأجنبي . وعبء الإثبات على الدائن ،

فإذا ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين ، فعليه هو إثبات ذلك كما سبق القول .

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المبيع وكما فى ضمان الاستحقاق أو العيب وفى تسليم منافع العين المؤجرة ، فإن الالتزام يصبح التزاما بتحقيق غاية ، فلا ينتفى الضمان حتى بالسبب الأجنبى . ذلك أن الفقه الإسلامى يكتفى فى هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا ، ولا يوجب فوق الفسخ تعويضا آخر ، فلم يمنع السبب الأجنبى من الفسخ . أما فى الفقه الغربى فهناك تعويض فوق الفسخ ، وهذا التعويض وحده هو الذى يمتنع بالسبب الأجنبى ، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبى . ومن ثم لا يوجد فرق عملى فى هذه المسألة بين الفقهين الإسلامى والغربى . ولكن يلاحظ فى الفقه الإسلامى أنه إذا كان السبب الأجنبى هو خطأ المضرور ، فإنه يمنع الفسخ كما قدمنا . وما دام السبب الأجنبى فى الفقه الإسلامى لا ينفى الضمان إذا كانت يد المدين يد ضمان ، فلا جدوى من إثباته ، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان ، ومن ثم لا محل للتساؤل عمن يقع عليه عبء الإثبات هنا ، كما فعلنا فى حالة ما إذا كانت يد المدين يد أمانة .

الباب الثالث

زوال العقد

فقد ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين ، فعليه هو إثبات ذلك كما سبق القول .

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المبيع ، وكان في ضمان الاستحقاق أو العيب ، وقبل تسليم منافع العين المؤجرة ، فإن الالتزام يصبح التزاما بتحقيق غاية ، فلا يبرئ الضمان حتى بالسبب الأجنبي . ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا ، ولا يوجب فوق الفسخ تعويضا آخر ، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ . أما في الفقه الغربي فبالإضافة إلى فسخ العقد يوجب التعويض ، وهذا التعويض وحده هو الذي يمتنع بالسبب الأجنبي ، دون الفسخ لأنه السبب الأجنبي ، ومن ثم لا يوجد فرق عملي في هذه المسألة بين الفقهين الإسلامي والغربي . لكن يلاحظ في الفقه الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو فعل المضرور ، فإنه يمنع الفسخ كما قدمنا . وما دام السبب الأجنبي لا يعفي المدين من الضمان إذا كانت يد المدين يد ضمان ، فلا جدوى من إثباته ، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان ، ومن ثم لا محل للتساؤل عمن يقع عليه عبء الإثبات هنا ، كما فعلنا في حالة ما إذا كانت يد المدين يد أمانة .

تمهيد

الأسباب المختلفة لزوال العقد

المقصود بزوال العقد :

المقصود بزوال العقد هنا هو أن ينحل العقد بعد أن انعقد صحيحا نافذا ، وقبل أن يتم تنفيذه . فنستبعد من بحثنا هذا إذن أمرين :

(الأمر الأول) زوال العقد بالتنفيذ أو بالانقضاء (extinction) . فالعقد ينقضى عادة بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً عن طريق التعويض . فالعقد الفورى ، ولو كان مؤجل التنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ماينشأ عنه من الالتزامات ، فينقضى البيع مثلا بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التى تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، إذا حل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط . والعقد الزمنى انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن لأن الزمن عنصر جوهرى فيه ، فالإيجار ينقضى بانقضاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل ، وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء إستثنائيا يقضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التشريعات الخاصة بعقود إيجار المبانى عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته ، بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار التى تراعى فيه شخصية المستأجر .

(والأمر الثانى) إبطال العقد (annulation) . ذلك أن الإبطال يرد على عقد غير صحيح أو عقد غير نافذ ، وكلامنا هنا فى زوال العقد الصحيح

النافذ . في الفقه الغربي ، قد يكون العقد باطلا وهذا عقد غير موجود ، فلا محل للكلام في زواله وهو لم يوجد . وقد يكون العقد قابلا للإبطال لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة ، فيزول بأن يبطله المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته . وقد سبق الكلام في كل ذلك . وفي الفقه الإسلامي ، قد يكون العقد باطلا ، وهو عقد غير موجود كما في الفقه الغربي فلا يرد عليه الزوال . وقد يكون العقد فاسداً ، فيزول بالفسخ من أحد المتعاقدين . وقد يكون موقوفا ، فإذا لم تلحقه الإجازة بطل وزال ، وقد تقدم تفصيل مسائل البطلان في الفقه الإسلامي وهي مسائل لاشأن لنا بها هنا .

ويخلص من ذلك أنه يجب التميز في زوال العقد (disparition) بين زواله بالانقضاء (extinetion) ، وزواله بالإبطال (annulation) ، وزواله بالانحلال (dissolntion) . ولا شأن لنا في هذا البحث بالانقضاء ولا بالإبطال ، وإنما يتركز البحث في الانحلال . والفرق بين الانحلال والانقضاء أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لايكون إلا بعد تمام التنفيذ . والفرق بين الانحلال والإبطال أن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً نافذاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح أو غير نافذ ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال[١] .

ونرى مما تقدم أن منطقة انحلال العقد ، وهي موضوع بحثنا هذا ، تتحدد في العقد الصحيح النافذ يزول حتى قبل أن ينفذ أو قبل أن يتم تنفيذه .

أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي :

وانحلال العقد ، بالمعنى الذي حددناه ، يقع في الفقه الغربي للأسباب التي يقررها القانون أو باتفاق المتعاقدين . والأسباب التي يقررها القانون لانحلال

---

(١) والعقد ، في حالة الابطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

العقد أهمها الإلغاء بإرادة منفردة (rèsiliation unilatérale) والفسخ (résolution) ، والانحلال باتفاق المتعاقدين هو التقايل أو الإقالة (résiliation conventionnelle)

والإلغاء بإرادة منفردة يجعله القانون فى بعض العقود تارة من حق كل من العاقدين، وطوراً من حق أحدهما دون الآخر. ففى الوكالة يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة ، كما يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن التوكيل . وفى العارية يجوز للمستعير أن يرد الشىء المعار قبل انقضاء العارية ، كما يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها فى أحوال معينة . وفى الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، كما يجوز للمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشىء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع . وفى الشركة يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها . هذا ضرب من العقود جعل القانون فيه حق الإلغاء بإرادة منفردة فى يد كل من المتعاقدين . وهناك ضرب آخر من العقود يجعل القانون فيه هذا الحق فى يد أحد المتعاقدين دون الآخر . ففى المقاولة لرب العمل — دون المقاول — أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وفى القرض إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين — دون الدائن — إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . وفى عقد

التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية — دون المؤمن — أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة . ويجوز له أيضا ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل ، أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين موقتا . وفى الهبة يجوز للواهب — دون الموهوب له — أن يرجع فى الهبة متى استند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

بقى من أسباب انحلال العقد فى الفقه الغربى الفسخ والإقالة ، وهذان نستبقيهما لبحث تفصيلى ، مع مقارنتهما بنظيريهما فى الفقه الإسلامى .

أسباب انحلال العقد فى الفقه الإسلامى :

وانحلال العقد على النحو الذى حددناه ، يقع فى الفقه الإسلامى لأحد أسباب ثلاث : (١) إما لأن العقد غير لازم . (٢) وإما للفسخ . (٣) وإما للإقالة .

وقد بسطنا تفصيلا فيما تقدم متى يكون العقد غير لازم ، وذكرنا أن العقد يكون غير لازم بطبيعته ، كما فى الوكالة والعارية والوديعة والشركة والقرض والهبة . وهذا مايقابل فى الفقه الغربى حق إلغاء العقد بإرادة منفردة . وقد يكون العقد غير لازم لاقترانه بخيار من الخيارات التى يقرها الفقه الإسلامى ، من ذلك الخيارات الأربعة المعروفة — خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب — ومن ذلك أيضاً خيار الوصف وخيار الغلط وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفريق الصفقة . أما خيار القبول وخيار المجلس فهما خياران يتعلقان بانعقاد العقد لا بعدم لزومه .

فيبقى إذن عندنا من أسباب انحلال العقد فى الفقه الإسلامى السببان اللذان استبقيناهما فى الفقه الغربى ، وهما الفسخ والإقالة ، وهما اللذان نتولى بحثهما تفصيلا مع المقارنة بالفقه الغربى كما تقدم القول .

الفسخ والإقالة :

خلص لنا إذن هذان السببان فى انحلال العقد ، لنعقد فيما يلى موازنة فيهما بين أحكام الفقه الغربى وأحكام الفقه الإسلامى .

ونلاحظ بادىء ذى بدء أن الفسخ نظرية يعالجها الفقه الغربى فى إسهاب واستفاضة ، فهى عنده نظرية عامة تنطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين أما الفقه الإسلامى فيقتضب الفسخ اقتضاباً ظاهراً ، فليس عنده فيه نظرية عامة ، بل يجريه على بعض العقود دون بعض وفى بعض حالات دون حالات أخرى . وعلى العكس من ذلك الاقالة ، فالفقه الغربى ليس عنده نظرية خاصة فى الاقالة ، ويقتصر على تطبيق القواعد العامة فيها ، إذ الاقالة عقد كسائر العقود . أما الفقه الاسلامى فيفيض فى الاقالة ويتبسط فى مسائلها ، حتى لتبدو نظرية معقدة فى حاجة إلى مزيد من النظر والتمعن .

الفصل الأول

الفسخ

الفرع الأول

الفسخ

فى الفقه الغربى

الفسخ والمسئولية العقدية :

هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية ، فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى . فإذا كان العقد ملزما للجانبين ، وأخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وجاز له أن يطالب بالتعويض ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بالتعويض جزاء الاخلال بالالتزام وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم. على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزامه إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال. إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبى فتنتفى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد فى هذه الحالة ينفسخ بحكم القانون كما سنرى .

أساس نظرية الفسخ :

وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى تبده العقل القانونى فيسلم بها بادىء ذى بدء ، بل هى ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها ، وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشىء التزامات مستقلة بعضها عن بعض دون أن يكون بينها تقابل أو ارتباط . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقاً فى عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً ، فأدخلوا فيه شرطا صريحا (lex commissoria) يجعل الحق للبائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن[1] . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسى القديم ، وقد قالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائى . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب فى القانون الكنسى على النحو الذى قدمناه ، فقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضا عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدى فقهاء القانون الطبيعى حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن التقنين المدنى الفرنسى عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر فى المادة ١١٨٤ أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمنا فى العقود الملزمة للجانبين فى حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التى تقضى بجواز فسخ العقد إذا لم يقم

---

(١) وسنرى أن الفقه الاسلامى ، كالقانون الرومانى ، لا يعرف الفسخ نظرية عامة ، وانما أعطى للبائع خيار النقد يشترطه فى البيع ، فيفسخه بموجبه اذا لم يستوف الثمن فى ثلاثة أيام .

المدين بالتزامه ، أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التى قدمناها .

وليس صحيحاً أن نظرية الفسخ تقوم على أساس الشرط الفاسخ الضمنى . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فينفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح ، لأن الفسخ يكون إلا بحكم قضائى أو باتفاق صريح ، وللقاضى فى الأصل حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ ، كما تذهب إلى ذلك النظرية التقليدية فى السبب ، فقد سبق أن انتقدنا هذه النظرية وقلنا إن السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، فلا علاقة له بفسخ العقد .

ونؤثر أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) مابين الالتزامات المتقابلة (réciproques) فى العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر ، فيبدو أمراً طبيعياً عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل هو أيضا من تنفيذ التزامه وذلك بفسخ العقد .

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ :

وهناك خطوة قبل الفسخ يستطيع الدائن أن يعمد إليها قبل أن يطالب بفسخ العقد ، وهى أن يدفع بعدم تنفيذ العقد ، فيوقف من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من التزام . وهذا مجرد وقف لتنفيذ العقد لافسخ له ، ومن حق الدائن أن يبدأ إذا شاء بوقف التنفيذ فيبقى التزامه موقوفا ، قبل أن يفسخ العقد

فيتحلل نهائياً من التزامه . وهذا مايسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . فالدائن مخير فى العقد الملزم للجانبين ، إن شاء دفع بعدم تنفيذ العقد ، وإن شاء طلب فسخه .

خطة البحث :

وللفسخ صور ثلاث ، فهو إما أن يكون بحكم القاضى وهذا هو الأصل ، وقد يكون باتفاق المتعاقدين ، ويكون فى بعض الأحوال بحكم القانون ويسمى عند ذلك انفساخا .

فنبحث إذن : (١) فسخ العقد بحكم القضاء . (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق . (٣) انفساخ العقد بحكم القانون . (٤) الدفع بعدم تنفيذ العقد .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

مسائل ثلاث :

نتكلم فى مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ . (٢) كيف يستعمل حق الفسخ . (٣) مايترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

شروط ثلاثة :

يجب توافر شروط ثلاثة حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد : (١) أن يكون العقد ملزما للجانبين . (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين

بتنفيذ التزامه . (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين :

العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، القضائى والاتفاقى والقانونى ، وهى وحدها التى يرد عليها الدفع بعدم التنفيذ . ذلك أن كلا من الفسخ بأنواعه الثلاثة والدفع بعدم التنفيذ مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا ، وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة ، فهى وحدها التى تتوافر فيها حكمة الفسخ . أما العقود الملزمة لجانب واحد ، كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض ، فإنه لا يمكن تصور الفسخ فيها ، إذ أن طرفاً واحداً هو الملتزم ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته اى التزام يتحلل منه بالفسخ ، بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد .

لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه :

إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته بسبب أجنبى ، فإن التزام المدين ينقضى فينقضى الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون كما سيأتى . ونرى من ذلك أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبى ، خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ .

فيجب إذن ، لنبقى فى نطاق الفسخ ، أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبى ، بأن يكون التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بفعل المدين ، أو لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . فى هذه الحالة يجوز للدائن أن

يطالب بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية .

وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً — ويعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى أن يكون التنفيذ معيباً — فإنه يبقى مع ذلك للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضى فى استعمال حقه فى التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقى دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يقتصر على إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . فإذا رأى القاضى أن عدم التنفيذ الجزئى يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يكتفى بفسخ جزء منه مع استبقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقى دون تنفيذ هو الجزء الأساسى فى الالتزام .

لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها :

ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين ، فليس من الحق أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام . أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبى ، فإن العقد ينفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشىء إلى أصله ، فلابد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بموجب العقد ، وباعه من آخر ، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشىء من يد المشترى ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان . وسنرى فى العقود الزمنية

أن الفسخ فيها لا يمس ماسبق تنفيذه من هذه العقود ، فليس من الضرورى إذن للمطالبة بفسخها أن يرد الدائن ماسبق تنفيذه . أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشىء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض كما سيأتى .

المطلب الثانى

كيف يستعمل حق الفسخ

إعذار المدين :

يجب على الدائن ، قبل المطالبة بفسخ العقد ، أن يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً . ولكن يختلف رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار عن رفعها مسبوقا بإعذار ، من الناحية العملية ، فى الوجوه الآتية : (١) رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار إذا ترتب عليه أن يبادر المدين إلى التنفيذ بمجرد رفع الدعوى ، يمنع من الحكم على المدين بالمصروفات ، لأنه لم يعذر قبل رفع الدعوى وبمجرد رفع الدعوى بادر إلى التنفيذ . (٢) سبق الإعذار على رفع الدعوى يجعل القاضى أكثر استجابة لطلب الفسخ . (٣) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل وأخل به المدين .

صدور حكم بالفسخ :

مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه وإعذار المدين إياه لا يقتضى بذاته فسخ العقد ، بل لابد للفسخ من صدور حكم قضائى بذلك . وهنا يظهر الفرق ما بين الفسخ القضائى والفسخ بحكم الاتفاق والانفساخ بحكم القانون . فنى الفسخ بحكم الاتفاق والانفساخ بحكم القانون ، يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ وليس منشئاً له . أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشىء للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة من اعمال التصرف ، فلا يجوز للوصى المطالبة به من غير إذن المحكمة .

السلطة التقديرية — والخيار بين الفسخ والتنفيذ :

وإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى .

فالدائن ، بعد أن يرفع دعوى الفسخ ، له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ، كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ له أن يعدل عنه إلى الفسخ . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد ، لأنهما أمران متعارضان . كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولا منه عن الطلب الآخر .

وللمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائى ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ ، ولا يبقى فى هذه الحالة إلا أن يقدر القاضى ما إذا كان هناك محل لتعويض الدائن عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، وبخاصة إذا كان الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى . فيسوغ إذن للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع الأجرة المستحقة قبل صدور الحكم النهائى ، وللمشترى أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن قبل صدور الحكم النهائى .

كذلك القاضي ليس محتما عليه أن يحكم بالفسخ ، بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية واسعة . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك ، وقد يرفض الحكم بالفسخ ويكتفى بتعويض ، وقد يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه . ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحاً ، رغما من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى . ومما يحمله على استبقاء العقد والاكتفاء بتعويض أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته . ومما يحمله على إعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر ، أو أن يكون الدائن سيء النية فى طلب الفسخ كما إذا أراد البائع لأرض انتهاز فرصة تأخر المشترى قليلا فى دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأرض .

الفروق بين الفسخ والإبطال :

ويجب التمييز بين فسخ العقد وإبطاله ، إذ توجد الفروق الآتية بين الفسخ والإبطال :

١ — يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، بينما يرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص فى الأهلية أو إلى عيب فى الإرادة . ومن ثم ينشأ العقد القابل للفسخ صحيحا ، أما العقد القابل للإبطال فلا ينشأ صحيحا ، فتقوم القابلية للإبطال عند تكوين العقد بينما تقوم القابلية للفسخ عند تنفيذه . ويترتب على أن العقد القابل للفسخ ينشأ صحيحا أنه إذا كان عقداً زمنياً وفسخ ، يبقى العقد صحيحا إلى وقت الفسخ ، وتكون الأجرة المستحقة حتى هذا الوقت مضمونة بامتياز المؤجر كما سنرى . أما إذا كان العقد الزمنى قابلا للإبطال وأبطل ، فإنه لا يكون صحيحا منذ البداية ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر .

٢ — فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

٣ — دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها ، فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

القاعدة العامة :

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها وقت العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض . وهذه قاعدة عامة فى جميع أنواع الفسخ ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . والعقد المفسوخ ينحل ، لا من وقت النطق بحكم الفسخ فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى ، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى فى الماضى . وإذا كان هذا مفهوما فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم بالفسخ على تقرير أن العقد مفسوخ فلا ينشىء الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشىء للفسخ لا كاشف عنه . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً وأن يكون له أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة حكم منشىء ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير .

أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن كما قدمنا ، وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشترى المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشترى . ويرد المشترى المبيع بثمراته ، ويرد البائع الثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية . وإذا هلك المبيع ، وكان المشترى هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا ، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسئولية العقدية . أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع فى يد المشترى ، فإن كان الهلاك بخطأ المشترى ، حكم عليه بالتعويض مع فسخ العقد إذ استحال الرد عينا . وإن كان الهلاك بسبب أجنبى ، لم يكن المشترى مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، فلا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ ، وخير له فى هذه الحالة أن يستبقى البيع ويطالب بالثمن .

وللدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع فوق ذلك بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا إلى خطأه لتعمد أو إهمال . والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساسا للتعويض .

وإن كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعى ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمنى يقاس محله بالزمن ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه . ويترتب على ذلك أن المدة التى انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائما طول هذه المدة ، ويعتبر العقد

مفسوخا من وقت الحكم النهائى بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر .

أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير :

ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعى أيضا . فإذا كان العقد بيعا ، وباع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رتب عليها حقا عينيا كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه ، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق . ويشترط فى العقار أن يكون البائع قد سجل صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يسجل متلق الحق من المشترى حقه ، فإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت بعد ذلك اشترط أن يكون متلق الحق من المشترى عالما بسبب الفسخ وقت أن تلق حقه .

المبحث الثانى

الفسخ بحكم الاتفاق

متى يكون الاتفاق على الفسخ — التدرج فى هذا الاتفاق :

قد يتفق المتعاقدان على الفسخ عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا ، ويقع ذلك غالبا فى ثنايا إجراءات التقاضى بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور الحكم فى الدعوى ، كان هذا بمثابة تقايل ذى أثر رجعى ، ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك تواطؤ بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير .

ولكن الغالب فى العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدما وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان فى اشتراط الفسخ عند إنشاء العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه. بل قد يتدرجان فى القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار .

ونبحث الآن حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين فى ذلك بما جرى عليه القضاء .

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا :

الغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا فى ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى هذا لا يغنى هذا الشرط عن الإعذار ، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ . ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل إن هذا الشرط لا يسلب المدين حقه من توقى الفسخ ، إذا هو قام بتنفيذ التزامه . فهذا الشرط إذن لم يغير من قواعد الفسخ التى قدمناها شيئاً ، وإنما هو تعبير صريح من المتعاقدين عن أنهما يريدان تطبيق هذه القواعد ، وترديد لها فى عبارة واضحة .

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه :

يفسر هذا الشرط فى أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ ، فيصبح الحكم بالفسخ محتما كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط

لا يعفى من إعذار المدين، ولا من رفع الدعوى بالفسخ، ويكون الحكم منشئا للفسخ لا كاشفاً عنه، كما هو الأمر فى الفسخ القضائى.

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم :

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه، فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا الحكم ينشئ فسخ العقد. وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين فى إعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه فيقتصر القاضى فى هذه الحالة على التحقيق من أن المدين لم ينفذ التزامه، فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ، ولكن حكمه يكون كاشفا عن الفسخ لا منشئاً له.

ولا يعفى الشرط من إعذار المدين، فإذا أراد الدائن إعمال الشرط وجب عليه تكليف المدين بالوفاء، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه.

على أنه لا شىء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ، وإلا كان الدائن واقعاً تحت رحمة المدين إن شاء هذا ماطل فى تنفيذ التزامه فينفسخ العقد.

الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار :

وهذا هو أقصى ما يصل إليه شرط الفسخ من قوة. وفى هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به، دون حاجة إلى إعذار المدين، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط على النحو الذى بيناه فيما تقدم، ويكون الحكم إذن كاشفاً عن الفسخ لا منشئا له.

ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله . فإذا اتفق طرفان على مد الأجل ، فقد ترى المحكمة أن مد الأجل قد جعل الالتزام يتجدد ، فيبطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً ، فلا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد . وإذا قبل الدائن قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك بحقه فى الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط آخر ، فقد ترى المحكمة أن تساهل الدائن فيما مضى يحمل على أنه غير متمسك بشرط الفسخ .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ما تقدم أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به . ومن ثم نرى أن شرط الفسخ الذى نحن بصدده هو وسط بين الفسخ القضائى والانفساخ بحكم القانون ، فهو أعلى من الفسخ القضائى فى أن الحكم يكون كاشفاً عن الفسخ لا منشئاً له ، وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون فى أن العقد لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك .

ما يترتب على الفسخ الاتفاقى من أثر :

إذا فسخ العقد بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض . وينحل العقد بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى .

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه :

ينقضى الالتزام إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبى كما قدمنا . أما إذا استحال تنفيذ الالتزام عيناً بغير سبب أجنبى ، فإن الالتزام لاينقضى بل ينقلب إلى تعويض ، وقد سبق بيان ذلك .

وفى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى أحد الالتزامات المتقابلة فيه بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، انقضت الالتزامات المقابلة وانفسخ العقد ، فالعقد إذن لاينفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى ، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبى بقى ملزما بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

فنستعرض إذن حالة ما إذا كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبى ، وحالة ما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى هذا السبب .

استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبى :

إذا استحال على المدين فى العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا بد له فيه ، حكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذى لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقديا ، وهو لم يثبت السبب الأجنبى فتبقى علاقة السببية مفروضة ، وبذلك تتحقق مسئوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين من ذلك أن العقد لم ينفسخ فى هذه الحالة ، بل على النقيض من ذلك قد بقى وتأكد وجوده إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائى . فللدائن وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه ، بدلا من أن يطلب التعويض على أساس المسئولية العقدية . وفى هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يجيبه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، فيحكم بفسخ العقد. والحكم هنا منشىء للفسخ لا كاشف عنه ، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضى.

استحالة التنفيذ ترجع الى سبب اجنبى :

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى ، فإن الالتزام ينقضى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه كما قدمنا . والعلة فى هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبى ، فلم يبق إلا فسخ العقد . فالعقد إذن ينفسخ من تلقاء نفسه ، بل إنه لا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا . ولأن التنفيذ لم يعد ممكنا لا يكون هناك أيضا خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ ، وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن فى جميع صور الفسخ القضائى والفسخ الاتفاقى . كذلك لا ضرورة لحكم قضائى بالفسخ ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قدمنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء ، فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق - فقد يقوم نزاع فى ذلك - وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يكشف عن الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذى رأيناه فى بعض صور الفسخ الاتفاقى .

مبدأ تحمل التبعة :

فإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يد له فى استحالة

التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل ، فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين . ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد .

ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبى بأن هلك الشىء فى يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين. والسبب فى ذلك واضح ، إذ الدائن — وهو هنا المودع — ليس فى ذمته التزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين — وهو هنا المودع عنده — من التزامه . فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد .

الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون :

وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القانون أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . ولا محل هنا للتعويض ، لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه فى هذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من انحلال العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا .

المبحث الرابع

الدفع بعدم تنفيذ العقد

تاريخ القاعدة :

تقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتى : إذا كان للدائن فى العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل بذلك من تنفيذ ماترتب فى ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التى بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى عين الفكرة التى بنى عليها فسخ العقد : الإرتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، بما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى .

ولم يكن المبدأ معروفا فى القانون الرومانى على النحو الذى عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذى يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما فى ذمته من التزام بموجب عقد ملزم للجانبين ، دفعاً بالغش (exception de dol) . ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتى ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف فى كل العقود المبنية على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا فى القانون الفرنسى القديم . فالإصطلاح ليس إذن رومانياً وإن كان لاتينياً ، وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الرومانى (postglossateurs) فى العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الرومانى .

ولم يضع التقنين المدنى الفرنسى ، ولا التقنين المدنى المصرى السابق على غراره ، نصاً عاما يقرر به القاعدة ، بل اقتصر التقنينان على تطبيقات متفرقة للمبدأ .

أما التقنينات الحديثة ، كالتقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى ، فقد صاغت المبدأ فى نص عام ، وسار التقنين المدنى الجديد ، ومعه التقنين المدنى السورى و التقنين المدنى الليبى و التقنين المدنى العراقى ، على نهج التقنينات الحديثة ، فأوردت هى أيضاً نصاً عاماً يقرر المبدأ .

ونبحث كما فعلنا فى الفسخ القضائى ، المسائل الآتية : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) وكيف يكون التمسك به . (٣) وما يترتب على التمسك به من أثر .

المطلب الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس :

الحق فى الحبس يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به ، فيكون هذا الارتباط أساساً للحق فى الحبس . فمن حاز بعقد أو بغير عقد ، شيئاً مملوكا للغير ، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذى بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشىء ومالكه والحائز مدين للمالك برد الشىء ، ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشىء والحق فى استرداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برد الشىء ، حتى يتقاضى من المالك حقه فى استرداد المصروفات . وهذا هو الحق فى الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل فى نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، وبين الالتزامين ارتباط واضح ، فمن حقـه أن يحبس العين حتى

يستوفى الثمن ، وهذا تطبيق للحق فى الحبس فى عقد ملزم للجانبين ، وهو فى الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد .

ومن ثم يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق فى الحبس ،فحيث يطبق الحق فى الحبس فى نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق ، عاد حقاً فى الحبس ، لادفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة فى عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفى غير عقد أصلا لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ ، بل حقاً فى الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ماتسلمه منه ، وهذا هو أيضاً حق فى الحبس لا دفع بعدم تنفيذ العقد لأن العقد قد زال .

فالدفع بعدم تنفيذ العقد ، كالفسخ ، محصور إذن فى العقود الملزمة للجانبين .

ويمكن مما تقدم أن ندرك مايقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . وهى نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هى تقابل الالتزامات . فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هى المقاصة والفسخ — أو فى القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجا واحداً هو الدفع بالغش ، يستعملونه فى المقاصة وفى الدفع بعدم التنفيذ وفى الحق فى الحبس .

الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب التنفيذ حالا :

ولا يكفى أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، بل يجب أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا . فلا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام غير حال ، ولا يستطيع البائع أن يحبس العين لعدم استيفائه الثمن إذا كان الثمن مؤجلا . وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع ، إذ يتعين عليه أن يفى بما التزم به أولا ثم يطالب بعد ذلك بما له من حق .

عدم التعسف فى استعمال الدفع بعدم التنفيذ :

ويجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع ، فلا يجوز المتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادىء بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب فى عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع ، إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يمتنع المشترى عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يتهدد العين المبيعة إذا كان هذا الخطر ليس بجدى ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها هذا عليه .

المطلب الثانى

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

عدم ضرورة الإعذار :

لا يحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذى بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه ، وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته . وقد يكون الإعذار واجباً ، لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذى يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء :

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحل العقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده فى آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء عند البداية ، فذلك يرجع فى الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به فى غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين . الدور الأول ، وهو دور غير قضائى ، يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهو مجرد امتناع لا حاجة فيه إلى عمل إيجابى . والدور الثانى ، وهو الدور القضائى ، لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . فى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته .

وقد يأخذ الدفع صورة إشكال فى التنفيذ ، إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

تمسك كل من المتعاقدين بالدفع :

وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ، ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فإذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين متعنت ، فإن كان المدعى رفض دعواه ، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتا ، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقى ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفى هذا ما يجعلهما ينفذان التزامهما فى وقت واحد .

المطلب الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ

فيما بين المتعاقدين :

إذا توافرت شروط الدفع . بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما يزول بالفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني ، كالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يمتنع عن معاونة المشترى فى تسجيل البيع حتى لا تنتقل الملكية إليه .

وإذا كان التزاما بعمل ، كالتزام المقاول . بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وهناك حالات لا يتصور فيها وقف الالتزام ، وذلك إذا كان القيام بعمل واجباً فى وقت معين وإلا فات الغرض المقصود منه . مثل ذلك أن يتعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها فى معرض عام يقام فى وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد العرض لأنه لم يستوف أجره الحال ، كان له ذلك ويكون هذا بمثابة فسخ العقد .

وإذا كان التزاما بامتناع عن عمل ، كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة فى حى معين منعاً للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر فى مباشرة التجارة فى هذا الحى . وهناك حالات أيضا لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال ، فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال لم يسع الدائن إلا إحياء الحفلة ، ويكون هذا فسخا للعقد لا وقفا له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف .

وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع

العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق فى الحبس . ومجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه . وينقضى الحق فى الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه ، أو إذا خرج الشىء من حيازة المالك باختياره . أما إذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، فله أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب فى خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (م ٢٤٨ مدنى).

وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التى حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة . وكل وقف فى تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصا فى مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائيا — لا مؤقتا — التزامه فى حدود المدة التى منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التى وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد .

بالنسبة إلى الغير :

يسرى الدفع فى حق الغير . فإذا تأخر المشترى عن دفع الثمن وتمسك البائع بالدفع وحبس العين المبيعة ، فكل من كسب حقا من المشترى على العين المبيعة يسرى فى حقه الدفع . فإذا باع المشترى العين من مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للبائع أن يبقى حابسا للعين فى مواجهة المشترى الثانى أو الدائن المرتهن . وللمستأجر إذا كان إيجاره غير ثابت التاريخ أن يحبس العين لا ضد المؤجر فحسب ، بل أيضا ضد المشترى من المؤجر ، حتى يستوفى التعويض المستحق له على المؤجر لخروجه من العين المؤجرة .

* * *

الفرع الثانى

الفسخ

فى الفقه الإسلامى

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ فى الفقه الاسلامى :

يعرف الفقه الإسلامى نظرية الفسخ ، ولكنه فى غير الأحوال التى يكون العقد فيها غير لازم بطبيعته أو غير لازم لقيام خيار فيه ، يضيق من المدى الذى تفسخ فيه العقود تضيقا ملحوظاً ، هو أقرب إلى التضيق الذى رأيناه فى القانون الرومانى . وعلى النقيض من ذلك يتوسع الفقه الإسلامى توسعا كبيراً فى إقرار الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فى صورته الخاصة وفى الصورة العامة التى يسمى فيها بالحق فى الحبس . وسبب ذلك واضح ، فإن فسخ العقد ، أى حله بعد عقده ، أمر خطير ، فوجب الاحتراز منه والتضيق فيه ما أمكن . أما الدفع بعدم تنفيذ العقد فليس فيه حل للعقد ، بل هو وقف لتنفيذه ، ومن ثم كان أقل خطراً فجاز التوسع فى إقراره .

ونبحث : (أولا) متى يجوز فسخ العقد فى الفقه الإسلامى (٢) ثم متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد .

المبحث الاول

متى يجوز فسخ العقد فى الفقه الإسلامى

استعراض العقود المسماة فى الفقه الاسلامى :

قدمنا أن الفقه الإسلامى لم توصل فيه النظريات العامة ، وعلى الباحث أن يؤصلها بعد أن يستخلصها من الحلول الموضوعة للمسائل المختلفة وسنجرى

على هذه الخطة ، فنستعرض من العقود المسماة فى الفقه الإسلامى مايصلح مجالا لبحث نظرية الفسخ .

ونستبعد بادىء ذى بدء طائفتين من العقود : (الطائفة الأولى) العقود التى يقوم فيها خيار ، فقد قدمنا أن قيام خيار فى العقد يجعله قابلا للفسخ ، ولكن ذلك لايرجع إلى نظرية عامة فى الفسخ ، بل إلى قيام الخيار ذاته ، وقد بسطنا القول فى ذلك فيما قدمناه فى الجزء الرابع . (والطائفة الثانية) العقود غير اللازمة بطبيعتها ، فهذه يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ . فالعارية عقد غير لازم ، وكذلك القرض والوديعة والوكالة . ونستبعد أيضاً الكفالة ، فإنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل ، فلا يتصور فيها الفسخ كنظرية عامة . أما الحوالة فإنها تفسخ لأسباب لاترجع إلى نظرية الفسخ (أنظر المواد ٨٩٧ — ٩٠٥ مرشد الحيران) .

ونستبقى من العقود المسماة البيع والإيجار بأنواعه المختلفة والرهن والصلح . ونستعرض الحالات التى لايجوز فيها فسخ هذه العقود ، والحالات التى يجوز فيها الفسخ ، ثم نستخلص من كل ذلك قاعدة عامة تنتظم ما تشتت من هذه التفصيلات .

المطلب الاول

الحالات التى لا يجوز فيها فسخ العقد

لا يجوز للدائن فسخ العقد بل يطالب بتنفيذه اذا أخل المدين بالتزامه :

يبدو أن الأصل فى الفقه الإسلامى أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه ، بل يطالب بتنفيذ العقد . فالعقود الملزمة للجانبين — أو عقود المعاوضة — اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات ، الأصل فيها إذن أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، لم يستطع الدائن أن يفسخ العقد

ليتحلل هو أيضا من التزامه المقابل . بل كل ما يستطيع عمله ، بعد أن انعقد العقد صحيحا لازما ، هو أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه ، على أن يقوم هو من جانبه بتنفيذ ما فى ذمته من التزام .

ونستعرض فى هذا الصدد من العقود المسماة البيع والإيجار والرهن والصلح .

§ ١ — عقد البيع

عدم قيام المشترى بالتزامه من دفع الثمن .

إذا لم يقم المشترى بدفع الثمن عند استحقاقه ، فليس للبائع أن يطالب بفسخ البيع . بل يبقى البيع قائما غير قابل للفسخ ، وتبقى العين المبيعة فى ملك المشترى . ولكن البائع يطالب المشترى بالثمن ، ويجبره على أدائه طبقا للقواعد المقررة فى أداء الديون فى الفقه الإسلامى . فليس للبائع إذن فى الفقه الإسلامى كما له فى الفقه الغربى ، الخيار بين المطالبة بفسخ البيع أو المطالبة بأداء الثمن ، بل ليس له إلا المطالبة بأداء الثمن ولا فسخ .

والأصل أنه يجب على المشترى أن ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة ، مالم يكن الثمن دينا مؤجلا على المشترى (م ٤٨١ مرشد الحيران) . أما إذا بيعت سلعة بمثلها مقايضة ، أو نقود بمثلها صرفا ، سلم المبيع والثمن معاً (م ٤٨٢ مرشد الحيران) . وإذا كان الثمن مؤجلا إلى أجل معلوم لزم أداؤه عند حلول أجله ، وإن كان مقسطاً أدى كل قسط فى ميعاده ، فإن تأخر المشترى عن أداء قسط لا تصير الأقساط الأخرى حالة إلا إذا كان ذلك مشروطا فى العقد (م ٤٨٣ مرشد الحيران) . ويحل الثمن المؤجل بموت المشترى ، ولا يحل بموت البائع بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول

الأجل لاستيفاء الثمن أو الأقساط التى تكون باقية فى ذمة المشترى (م ٤٨٤ مرشد الحيران).

فإذا استحق الثمن الأداء على الوجه الذى قدمناه، وجب على المشترى الوفاء به للبائع. فإذا لم يدفع المشترى الثمن حالا إن كان معجلا أو عند حلول أجله إن كان مؤجلا، لم يفسخ البيع، بل أجبر المشترى على دفع الثمن، فإن امتنع بيع من متاعه ما يفى بالثمن المطلوب منه (م ٤٨٧ مرشد الحيران). وإذا مات المشترى مفلسا بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن، فالبائع أسوة الغرماء، ولو وجد متاعه باقيا بعينه فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشترى فى المذهب الحنفى (م ٤٦٣ مرشد الحيران). هذا كله إذا قبض المشترى المبيع. أما إذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفى الثمن من تركة المشترى أو يبيعه القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه. فإن زاد الثمن على حق البائع، دفع الزائد لباقى الغرماء، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتمامه كان أسوة الغرماء فيما بقى له (م ٤٦٤ مرشد الحيران). ونرى من ذلك أنه قبل قبض المشترى للمبيع يكون للبائع حق حبسه، كما يكون له حق امتياز عليه بالثمن الذى له فى ذمة المشترى، ولكن لا يكون له مع كل ذلك فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن.

خيار النقد:

ولا يثبت للبائع فسخ البيع عند عدم استيفاء الثمن، إلا إذا اشترط لنفسه صراحة فى البيع خيار النقد. وعند ذلك يكون له فسخ البيع فى حدود ضيقة، ويرجع الفسخ هنا لا إلى قاعدة عامة فى الفسخ، بل إلى قيام خيار فى العقد يجعله غير لازم وفقاً للقواعد المقررة فى سائر الخيارات.

وقد جاء فى صدد خيار النقد فى مرشد الحيران ما يأتى: «إذا اشترط المتبايعان فى عقد البيع أن المشترى إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام صح البيع

والشرط . فإن أدى المشترى الثمن فى المدة المعينة لزم البيع . وإن لم يؤده فى المدة المعينة أو مات فى أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع » .

٢ — عقد الايجار بأنواعه المختلفة

عقد الايجار قابل للفسخ فى أكثر الأحوال:

عقد الإيجار ورد على خلاف القياس ، وأجيز استحسانا . والخاصية البارزة فيه هو أنه يرد على منفعة هى فى أول الأمر معدومة ، وتتجدد شيئا فشيئا .

ومن ثم جاز فسخ عقد الإيجار فى أكثر الأحوال . فهو يفسخ ، كما سنرى ، لعدم استيفاء المؤجر أو الأجير الأجرة، ولهلاك المأجور أو تغيره تغيراً يخل باستيفاء المنفعة منه، ويفسخ الإيجار للعذر ولموت أحد المتعاقدين، ولغير ذلك من الأسباب الكثيرة التى سنذكرها فيما يلى .

عقد الايجار لا يفسخ فى كل حال يخل فيها المدين بالتزامه :

ومع ذلك فإن عقد الإيجار لا يفسخ فى كل حال يخل فيها المدين بالتزامه، بل إنه فى بعض هذه الحالات ، وهى قليلة ، لا يجوز فيه طلب الفسخ ونذكر من هذه الحالات ما يأتى :

(١) جاء فى المادة ٥٩٨ من مرشد الحيران : « من استأجر دابة لنقل حمل له إلى محل معين بأجر معلوم ، فتعبت الدابة فى الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود ، فإن كان المستاجر استاجر الدابة بعينها كان له الخيار إن شاء نقض الإجارة وإن شاء تربص إلى أن تقوى الدابة، وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى ، وإن كان المستأجر استأجر دابة بغير عينها كان له أن يطالب بدابة أخرى » . ويفهم من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين .

الفرض الأول أن المستأجر استأجر دابة بعينها وتعاقد عليها ، وعند ذلك لا يستطيع أن يطالب بدابة أخرى لأنها تكون غير المعقود عليه ، وله نقض الإجارة . والنقض هنـــا أى الفسخ ، سببه استحالة إستيفاء المنفعة المتعاقد عليها . وللمستأجر أن ينزل عن بعض حقه إن شاء ، ويتربص إلى أن تقوى الدابة ، فلا ينقض الإيجار . والفرض الثانى ألا يكون المستأجر قد استأجر دابة بعينها ، فهو قد تعاقد على نقل الحمل إلى مكان معين على أية دابة ، وفى هذه الحالة إذا تعبت الدابة التى بدأ بها ، لم يكن تنفيذ الإلتزام مستحيلا ، بل يستبدل بها غـــيرها أى يطلب التنفيذ العينى ، وليس له فسخ العقد .

وتنص المادة ٥٣٨ من المجلة فى هذا الصدد على أنه « كما يصح استكراء دابة معينة ، كذلك يصح الاشتراط على المكارى الإيصال إلى محل معين » . ويقول الأستاذ سليم باز (ص ٢٩٣) تعليقا على هذا النص : « فى الصورة الأولى يكون عقد الإجارة وارداً على منفعة الدابة المعينة ، فليس للمؤجر أن يعطى غيرها ، ولو فعل فلا أجر له ، لأنه أتى بغير المعقود عليه (هندية). وليس للمستأجر أن يطلب غيرها إذا تعبت فى الطريق ، بل يخير بين فسخ الإجارة أو انتظار الدابة حتى تستريح . . وفى الصورة الثانية يكون العقد وارداً على ذمة المكارى ، فعليه إيصال الحمل إلى المحل المعين على أية دابة شاء ، حتى لو تعبت دابته فى الطريق لا يكون ذلك عذراً فى فسخ الإجارة ، بل يجبر على إيصال الحمل إلى المحل المسمى بتحميله على دابة أخرى » .

(٢) فى خصوص عقد المزارعة ــ وهو ضرب من عقد الإيجار ــ أورد مرشد الحيران النصوص الآتية :

م ٧٢١ : « إذا قصر المزارع فى سقى الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب ، فلا ضمان عليه إن كانت المزارعة فاسدة ، وعليه الضمان فى المزارعة الصحيحة الواجب عليه العمل فيها » .

م ٧٢٢ : « إذا ترك الأكار سقى الأرض عمداً حتى يبس الزرع ، ضمن وقت ما ترك السقى قيمة الزرع نابتا فى الأرض ، وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن نصف ما فضل بينهما » .

م ٧٢٣ : « إذا أخر الأكار سق الزرع تأخيراً معتاداً فلا ضمان عليه ، وإن أخره تأخيراً غير معتاد فعليه الضمان لو المزارعة صحيحة » .

م ٧٢٤ : « إذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه ، وإن لم يرد المزارع الجراد حتى أكل الزرع كله مع إمكان رده ضمن ، وإلا لا » .

ويستخلص من هذه النصوص أن على الزارع التزامات بموجب عقد المزارعة ، فإن أخل بها ، كأن قصر فى سق الأرض حتى هلك الزرع ، أو ترك السقى حتى يبس الزرع ، أو أخر السقى تأخيراً غير معتاد ، أو ترك حفظ الزرع حتى أكله الدواب ، أو لم يرد الجراد حتى أكل الزرع كله ، لم يرد النص بجواز أن يطلب صاحب الأرض فسخ المزارعة ، بل ورد بوجوب الضمان على المزارع فى جميع هذه الأحوال .

(٣) عقد المساقاة — وهو ضرب آخر من عقد الإيجار — عقد لازم من الجانبين ، فلا يجوز فسخه إلا بالتراضى أى بالتقايل ، ولا يصح أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخه حتى لو أخل المتعاقد الآخر بما عليه من التزام ، وإنما يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . والعقد — كسائر الإيجارات — يفسخ للعذر ، كما إذا عجز العامل عن العمل أو كان غير مأمون على الثمر .

وقد وردت فى هذا الخصوص النصوص الآتية فى مرشد الحيران :

م ٧٣٤ : « عقد المساقاة لازم من الجانبين ، فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا الآخر إلا بعذر ، ويجبر المساقى على العمل إلا من عذر » . وتطبيقاً لقاعدة العذر تنص المادة ٧٣٨ على أنه « إذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على الثمر ، جاز فسخ المساقاة » . وتطبيقاً لقاعدة عدم

الفسخ والاقتصار على التنفيذ تنص المادة ٧٣٦ على أنه « لا يجوز للمساقى أن يساقى غيره إلا بإذن مالك الشجر . فإن ساقى بغير إذنه ، فالخارج للمالك وللمساقى الثانى أجر مثله على المساقى الأول بالغاً مابلغ ولا أجر للأول » .

٣ — عقد الرهن

الرهن عقد ملزم للجانبين

الرهن — ويراد به فى الفقه الإسلامى رهن الحيازة دائماً — عقد ملزم للجانبين فى تعبير الفقه الغربى . فيلتزم الراهن بعدم التعرض للمرتهن فى العين التى ارتهنها منه حتى يفك الرهن بسبب من أسباب فكه . ومن ثم لا يملك الراهن استرداد العين قبل فك الراهن ، كما لا يملك بيعها ولا إجارتها ولا إعارتها بدون رضاء المرتهن . ويلتزم المرتهن بالعناية بحفظ الرهن كعنايته بحفظ ماله ، ولا يجوز له بيع الرهن إلا إذا كان وكيلا فى بيعه من قبل الراهن ، وليس له إيداعه ولا إجارته ولا إعارته ولا رهنه بلا إذن الراهن . ولا يجوز له أن ينتفع بالرهن دون إذن الراهن .

لا يفسخ الرهن لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزاماته .

والأصل فى الرهن أنه لازم للجانبين ، فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه ولو لعدم تنفيذ الآخر لالتزاماته . وإنما يملك المطالبة بالتنفيذ ، ويجب الضمان على العاقد المخالف ، ويبقى عقد الرهن قائماً دون أن يفسخ .

فإذا أخل الراهن بالتزامه وباع الرهن بلا إذن المرتهن ، فالعقد لا يفسخ ، ولكن بيع الراهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن . وإن هلك الرهن فى يد المشترى من الراهن قبل أن يجيز المرتهن البيع فلا تصح الإجازة بعد الهلاك ، وللمرتهن الخيار إن شاء ضمن المشترى قيمته يوم هلاكه ، وإن شاء ضمنها الراهن .

وإذا أخل المرتهن بالتزاماته ، بقى الرهن قائماً بالرغم من ذلك، وطولب بالتنفيذ والضمان . والأصل أن الرهن مضمون على المرتهن بهلاكه دون تعد بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين ، وتعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه . وما زاد من الرهن على الدين فهو أمانة فى يد المرتهن ، إن هلك بتعد ضمن ، وإلا لم يضمن .

فإن تعدى المرتهن وباع الرهن بلا إذن الراهن ، لم ينفذ البيع ، ويبقى الرهن قائماً لا يفسخ . فإن تسلم المشترى الرهن من المرتهن وهلك فى يده قبل الإجازة ، كان للراهن الخيار فى تضمين المشترى أو المرتهن .

وإذا تعدى المرتهن ورهن الرهن بلا إذن الراهن ، لم ينفذ الرهن الثانى ، ويبقى الرهن الأول قائماً لا يفسخ . وإن هلك الرهن فى يد المرتهن الثانى قبل الإجازة ، فللراهن الأول الخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول قيمة الرهن بالغة ما بلغت ويصير ضمانه رهناً ويملكه المرتهن الثانى بالدين ، وإن شاء ضمن المرتهن الثانى ويكون الضمان رهناً عند المرتهن الأول وبطل رهن الثانى ويكون للمرتهن الثانى الرجوع على الأول بما ضمنه وبدينه (م ١٠٠٣ مرشد الحيران) .

وإذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن الحاضر أو بلا إذن القاضى لو الراهن غائباً ، فلا يفسخ الرهن بل يبقى قائماً ، ويضمن المرتهن قيمة الثمار .

وإذا قصر المرتهن فى المحافظة على الرهن أو انتفع به دون إذن الراهن، لم يفسخ الرهن بل يبقى قائماً ، ولكن إن هلك الرهن كان ضمانه على المرتهن ، فيهلك بالدين من الرهن ما يساوى الدين ، ويضمن المرتهن قيمته مازاد على الدين .

ونرى من ذلك أن الرهن لا يفسخ لإخلال الراهن أو المرتهن بالتزامه،

وعلاج هذا ليس هو الفسخ ، بل هو تارة عدم نفاذ التصرف ، وطوراً الإجبار على التنفيذ ، وثالثة الضمان عند الهلاك ، أما الفسخ فلا .

٤ ـ عقد الصلح

الصلح عقد ملزم للجانبين :

والصلح فى الفقه الإسلامى ، كالبيع والإيجار والرهن ، عقد ملزم للجانبين . فإذا تم الصلح على الوجه المطلوب ، دخل بدل الصلح فى ملك المدعى ، وسقطت دعواه المصالح عنها ، فلا يقبل منه الادعاء ثانيا ، ولا يملك المدعى عليه استرداد بدل الصلح الذى دفعه للمدعى . ويخلص من ذلك أن كلا من المتصالحين يلتزم نحو الآخر ، فيلتزم المدعى بالنزول عن ادعائه فى مقابل التزام المدعى بتسليم بدل الصلح .

لا يفسخ الصلح لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه :

ولا يفسخ الصلح لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه ، بل يبقى قائما ، ويجبر العاقد على التنفيذ . وقد جاء فى المادة ١٠٤٧ من مرشد الحيران : « إذا كان الصلح بمعنى المعاوضة ، فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما ، وإذا انفسخ يرجع المدعى به للمدعى وبدل الصلح للمدعى عليه » . ويخلص من ذلك أنه لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخ الصلح ، بل يجب أن يكون الفسخ بتراضيهما أى بالتقايل . وتأييداً لذلك جاء فى المادة ١٠٤٨ من مرشد الحيران : « إذا كان المدعى عليه منكراً لما ادعى عليه به ، وصالح المدعى على بدل ، سقط حق المدعى فى الخصومة فليس له أن يخاصمه فى الدعوى المصالح عنها ، ولا أن يحلفه اليمين ، ولا أن يفسخ الصلح » .

وحتى لو ضاع بدل الصلح أو استحق ، وكان مما لا يتعين بالتعيين ، لم يفسخ

الصلح ، ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع أو استحق . أما إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين ، كان لامناص من فسخ الصلح لهلاك المحل . وقد جاء فى المادة ١٠٤٩ من مرشد الحيران فى هذا الصدد : « إذا ضاع بدل الصلح أو استحق كلا أو بعضاً قبل تسليمه للمدعى ، فإن كان مما لايتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو غير جنسه ولكن ضاع قبل الافتراق عن المجلس ، فلا ينقض الصلح ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلا أو بعضاً سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار . وإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين ، فضاع كله أو بعضه قبل تسليمه المدعى ، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به كلا أو بعضاً ، وإن كان الصلح عن إنكار يرجع المدعى إلى المخاصمة »[1] .

المطلب الثانى

الحالات التى يجوز فيها فسخ العقد

يجوز فسخ العقد استثناء :

ومع ذلك فقد أجاز الفقه الإسلامى فى بعض الحالات فسخ العقد ، إذا تعذر على أحد المتعاقدين القيام بالتزامه بأن هلك أو كان فى حكم الهالك أو فاتت منفعته المقصودة . ويقع ذلك بوجه خاص فى عقدى البيع والإيجار .

---

(١) كذلك عقد الشركة لايفسخ لاخلال أحد الشركاء بالتزامه ، بل يجب على الشريك المخل بالتزامه الضمان . جاء فى المجلة (م١٣٨٣) : « اذا نهى أحد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار أخرى ولا تبع المال نسيئة ، فلم يسمع له وذهب الى ديار أخرى أو باع نسيئة ، ضمن حصة شريكه من الخسار الواقع » . ويقول الاستاذ سليم باز (ص ٧٢٦) تعليقا على هذا النص : « أى اذا هلك المبيع ، أما لو كان المبيع قائما فيتوقف البيع على اجازة الشريك ، فان اجازه جاز والربح بينهما » .

§ ١ — عقد البيع

ضمان البائع لهلاك المبيع :

إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يسلمه للمشترى ، جاز للمشترى فسخ البيع لانعدام المحل بعد العقد ، والرجوع على البائع بالثمن إذا كان البائع قد قبضه . ويستوى أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية . أما إذا كان بفعل المشترى لم يجز له فسخ البيع ووجب الثمن فى ذمته . وإذا كان الهلاك بفعل أجنبى ، فالمشترى بالخيار بين فسخ البيع والرجوع بالثمن والبائع يرجع على الأجنبى المتعدى ، وبين إبقاء البيع ودفع الثمن وعندئذ يرجع المشترى على الأجنبى . أما إذا قبض المشترى المبيع ثم هلك فى يده ، فقد تم تنفيذ البيع ، ويهلك المبيع فى هذه الحالة على المشترى ، إذ يمتنع عليه الفسخ ويجب عليه دفع الثمن . أنظر المواد ٤٦٠ — ٤٦٢ و ٤٦٥ من مرشد الحيران .

ضمان مقدار المبيع :

ولا يضمن البائع هلاك المبيع فحسب ، بل هو أيضاً يضمن مقداره .

فإذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التى ليس فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة ، وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن الوحدة ، فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين فى العقد ، كان للمشترى الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإن ظهر أنه زائد على المقدار المعين فى العقد ، فالزيادة للبائع . أنظر م ٤٤٨ مرشد الحيران .

وإذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو بيعت قطعة أرض ، وعين مقدار المبيع مع بيان جملة الثمن ، فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين فى العقد ، كان للمشترى الخيار إن شاء فسخ

البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بجميع الثمن المسمى . وإن ظهر أنه زائد على المقدار المعين فى العقد ، فالزيادة للمشترى ولاخيار البائع . اما إذا كان الثمن مقدراً بسعر الوحدة ، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً ، فالمشترى مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحقه من الثمن . أنظر المادتين ٤٤٩ — ٤٥٠ مرشد الحيران .

وإذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة مع بيان جملة ثمنها ، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً ، كان البيع فى الصورتين فاسداً . أما إذا قدر الثمن على أساس آحاد المبيع ، وظهر المبيع زائداً كان البيع فاسداً ، أوظهر ناقصاً أخذه المشترى بحقه من الثمن . أنظر المادتين ٤٥١ — ٤٥٢ مرشد الحيران(١) .

ضمان استحقاق المبيع :

ويضمن البائع للمشترى استحقاق المبيع ، ولولم يشترط الضمان فى العقد . فإن ظهر للمبيع مستحق ، فسخ المشترى البيع لأن المبيع لم يخلص له ، ورجع على البائع بالثمن ، وهذا حتى لو كان يعلم من قبل بأن المبيع ليس ملكا للبائع . ويسترد المشترى الثمن بتمامه من البائع ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع أو زادت .

وإذا استحق المبيع من يد المشترى الأخير وقضى به للمستحق ، كان قضاء على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائعه بالثمن ، لكن لايرجع قبل أن يرجع عليه المشترى .

---

(١) ويضمن البائع أيضا توابع المبيع ، فاذا هلكت فى يده قبل تسليمها للمشترى ، لم يقابلها شىء من الثمن ، ولكن يكون للمشترى الحق فى فسخ البيع . وقد نصت المادة ٤٧٨ من رشد الحيران فى هذا الصدد على أن « كل مايدخل فى البيع تبعا اذا هلك قبل التسليم ، لا يقابله شىء من الثمن . فلو اشترى دارا فانهدم بناؤها قبل التسليم ، خير المشترى ان شاء اخذها بكل الثمن ، وان شاء ترك » .

ولو أثبت المستحق الاستحقاق وقضى له ، ثم دفع إليه المشترى شيئاً وأمسك المبيع ، كان هذا شراء للمبيع من المستحق ، وله أن يرجع على بائعه بالثمن .

ضمان العيب فى المبيع :

ويضمن البائع العيب فى المبيع ، وخيار العيب هو أحد الخيارات الأربعة المعروفة وقد سبق تفصيله . فرأينا أنه يثبت للمشترى خيار العيب وإن لم يشترطه فى عقد البيع ، ويشترط أن يكون العيب قديما أى موجودا فى المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم . فإن ظهر عيب فى المبيع على هذا النحو ، فالمشترى الخيار إن شاء قبله بكل الثمن المسمى ، وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع واسترد الثمن .

وقد يتعذر فسخ البيع ، كما إذا حدث فى المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب والبناء والغرس فى الأرض المبيعة ، وكما إذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو هبة ، وكما إذا هلك المبيع فى يد المشترى ، وكما إذا حدث بالمبيع عيب جديد عند المشترى ، ففى جميع هذه الأحوال يتعذر فسخ البيع ، ويرجع المشترى على البائع بنقصان الثمن . ويقدر نقصان الثمن بأن يقوم المبيع سالما ثم يقوم معيباً ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، وبمقتضى هذه النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان .

٢ — عقد الايجار

الأحوال المختلفة التى يجوز فيها فسخ عقد الايجار :

قدمنا أن عقد الإيجار ورد على خلاف القياس ، وأن أحوال الفسخ هى الكثيرة الغالبة فيه . فهو قابل للفسخ إما لأسباب ترجع إلى العين المؤجرة ، وإما لأسباب ترجع إلى الأجرة ، وإما للعذر ، وإما لموت أحد العاقدين .

وفسخ الإيجار للعذر أو لموت أحد المتعاقدين ليس تطبيقاً مباشراً لقاعدة فسخ العقد لعدم تنفيذه. بقيت الأسباب التي ترجع إلى العين المؤجرة، وتلك التي ترجع إلى الأجرة.

أسباب الفسخ التي ترجع إلى العين المؤجرة:

القاعدة أن العين المؤجرة إذا هلكت أو استحقت أو حدث بها عيب أو طرأ عليها مايفوت منفعتها المقصودة على المستأجر، كان للمستأجر أن يفسخ عقد الإيجار عن المدة التي لم يستوف فيها منفعة العين. وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة، نذكر منها:

١ — إذا تغيرت الدار المؤجرة قبل التسليم عن الحالة التي كانت عليها وقت العقد، فإذا كانت قد تغيرت بفعل المؤجر أو بفعل غيره تغيراً يخل بالسكنى، فالمستأجر مخير إن شاء قبلها وإن شاء فسخ الإجارة.

٢ — لايجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر. فإذا لم يفعل المؤجر ذلك، كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة ويخرج من الدار، إلا إذا كان استأجرها وهي كذلك وقد رآها فليس له الفسخ.

٣ — إذا حدث بالعين المؤجرة عيب يفوت به النفع كخراب الدار، أو يخل بالمنفعة المقصودة كانهدام جزء منها، كان للمستأجر فسخ الإجارة. فإذا بنيت الدار أو أصلح الخلل الذي حدث فيها قبل أن يفسخ المستأجر، بطل حق الفسخ.

٤ — إذا احتاجت الدار المؤجرة لعمارة ضرورية، لم يجز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجرائها، فإن ترتب على العمارة مايضر بالسكنى أو يخل بالمنفعة المقصودة كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة.

٥ — إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زراعتها ، أو انقطع الماء منها فلم يمكن ريها ، لم تجب الأجرة أصلا ، وللمستأجر فسخ الإجارة . أما إذا زرع المستأجر الأرض فأصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصة مامضى من المدة قبل هلاك الزرع وسقطت حصة مابقى من المدة بعد هلاكه ، إلا إذا كان متمكنا من زراعة مثل الأول أو دونه فى الضرر فتجب حصة ما بقى من المدة أيضا .

أسباب الفسخ التى ترجع إلى الأجرة :

ويختلف عقد الإيجار عن عقد البيع فى أنه يجوز فسخ المؤجر للإيجار إذا لم يستوف الأجرة ، كما يجوز للأجير فسخ الإيجار إذا لم يستوف أجره . وهذا بخلاف البيع ، فقد رأينا أنه لا يفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا اشترط البائع خيار النقد .

وقد نصت المادة ٥٨٣ من مرشد الحيران فى هذا الصدد على أنه « إذا اشترط تعجيل الأجرة لزم المستأجر دفعها وقت العقد ، وللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفى الأجرة ، وله أن يفسخ عقد الإجارة عند عدم الايفاء من المستأجر » . ونصت المادة ٥٨٤ من مرشد الحيران : « يجوز للأجير أن يمتنع من العمل إلى أن يستوفى أجرته المشروط تعجيلها ، وله فسخ الإجارة إن لم يوفه المؤجر الأجرة » .

المطلب الثالث

استخلاص قواعد الفسخ فى الفقه الإسلامى

لا ارتباط فى الفقه الإسلامى بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين :

ويستخلص من المسائل التى قدمناها أنه لا يوجد فى الأصل ارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين فى الفقه الإسلامى ، بخلاف الفقه

الغربي فقد رأينا أن هذا الارتباط موجود وهو الأساس الذى تقوم عليه نظرية الفسخ هناك . فى الفقه الإسلامى كل التزام مستقل عن الالتزام المقابل له ، فالتزام المشترى بدفع الثمن ، وهو الذى يقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه ، لا يرتبط بهذا الالتزام المقابل .

فالقاعدة إذن أن العقد لا يفسخ إذا أخل المدين بالتزامه :

وقد ترتب على انعدام الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين أن ضمرت نظرية الفسخ فى الفقه الإسلامى ضموراً ظاهراً . فالأصل أن العقد الملزم للجانبين — أو عقد المعاوضة — لا يفسخ لإخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، بل يبقى العقد قائماً فى هذه الحالة ، وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال والعقد هو الذى يكون مصدر المطالبة بالتنفيذ أو الضمان . وهذا قريب مما كان عليه القانون الرومانى فيما قدمناه .

فإذا لم يقم المشترى بدفع الثمن عند استحقاقه ، فليس للبائع أن يفسخ البيع ، بل كل ماله هو أن يطالب المشترى بالثمن ، ولا يتحلل هو من التزامه بنقل المبيع إلى المشترى عن طريق فسخ البيع . وإذا أخل المرتهن بالتزامه ، لم يملك الراهن فسخ الرهن ، بل يقتصر على مطالبة المرتهن بتنفيذ التزامه أو مطالبته بالضمان إذا هلكت العين المرهونة . وإذا لم يقم أحد المتعاقدين فى الصلح بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يفسخ الصلح ، بل يطالب المدين بأن يقوم بتنفيذ التزامه . وهكذا لا توجد قاعدة عامة فى الفقه الإسلامى — كما وجدت فى الفقه الغربى — تقضى بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد فيتحلل هو أيضاً مما فى ذمته من التزام .

والاستثناء جواز الفسخ — مرد هذا الاستثناء الى أمرين :

على أن هناك أحوالا يجوز فيها المتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، وهذه الأحوال مردها إلى أمرين :

(الأمر الأول) انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة . ذلك أنه يمكن القول فى الفقه الإسلامى بأن هناك محلا للعقد ، وهذا غير محل الالتزام . فمحل عقد البيع هو المبيع لا الثمن ، ومحل عقد الإيجار هو العين المؤجرة أو عمل الأجير لا الأجرة ولا الأجر . فإذا انعدم محل العقد أو فات منفعته المقصودة ، بأن هلك كليا أو جزئيا أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة كما رأينا فى الأسباب التى ترجع إلى المبيع وإلى العين المؤجرة ، فإن الخلل لذاى يصيب المحل بعد انعقاد العقد صحيحا يؤثر فى القوة الملزمة للعقد ، فيصبح العقد قابلا للفسخ بناء على طلب من تتأثر مصلحته من المتعاقدين بهذا الخلل . ويرجع الفسخ هنا للخلل الذى يصيب محل العقد ، لا لفكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، وإلا لما جاز فسخ البيع لهلاك المبيع أو لاستحقاقه ثم لا يجوز لعدم الوفاء بالثمن .

(والأمر الثانى) عقد الإيجار خاصة ، فهو قابل للفسخ فى أكثر الأحوال كما قدمنا . ذلك أن هذا العقد قد جاء على خلاف القياس استحسانا ، والمعقود عليه فيه وهو المنفعة أو العمل — معدوم ويتجدد آنا فآنا . ومن ثم أمكن تصور الفسخ فى الإيجار ، لا فحسب عندما يختل المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو حصول أى مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة ، بل أيضا عندما لا يفى المستأجر بأجرة العين أو بأجر العامل ، على خلاف البيع وغيره من العقود كالرهن والصلح على ما رأينا . ولا يرجع الفسخ فى عقد الإيجار إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة ، فهذه الفكرة غير موجودة فى الفقه الإسلامى كما قدمنا ، بل يرجع

إلى فكرة تجدد المعقود عليه آنا فآنا . فمنفعة العين المؤجرة تتجدد ، فكأن عقودا متوالية تقع على وحدات المنفعة المتجددة ، وتستحق الأجرة عن كل وحدة . فإذا امتنع المستأجر من دفع الأجرة ، أمكن للمؤجر أن يمسك ما يقابل هذه الأجرة من المنفعة ، وفى هذا فسخ للعقد . وكذلك الحال فى الأجير ، يمسك عن العمل حتى يستوفى أجره .

ويلاحظ فى الحالات التى يجرى فيها فسخ العقد أنه يجب التمييز بين فسخ العقد وانفساخه . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه إذا هلك محل العقد هلاكا كليا ، فعند ذلك لا فائدة من صدور عمل من المتعاقد يفسخ العقد ، فإن العقد ينعدم بطبيعته لانعدام محله . وفى غير حالة الهلاك الكلى يكون العقد فى حاجة إلى فسخ ، والفسخ إما أن يكون من عمل المتعاقد بحضرة المتعاقد الآخر أو بغير حضرته ، وإما أن يكون من عمل القاضى على التفصيل الذى رأيناه عند الكلام فى الخيارات الأربعة المعروفة وبخاصة خيار العيب . ونورد مثلا على ما قدمناه من انفساخ العقد وفسخه ما جاء فى المادة ٦٤٦ من مرشد الحيران : « إذا حدث بالعين المستأجرة عيب يفوت به النفع بالكلية كخراب الدار ، أو يخل بالمنفعه كانهدام جزء منها يؤثر هدمه على المنفعة المقصوده منها ، يكون للمستأجر خيار فسخ الإجارة . ويسقط عنه الأجر فى الصورة الأولى سواء فسخ أم لا . وأما فى الصورة الثانية فإن فسخ بحضرة رب الدار سقط عنه الأجر ، وإن لم يفسخ لا يسقط الأجر سواء استوفى المنفعة مع العيب أم لا » . فنرى من هذا النص أنه إذا فاتت منفعة العين المؤجرة بالكلية لخرابها أو لهلاكها هلاكا كليا ، فلا حاجة للمستأجر بفسخ العقد ، بل العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ، وتسقط الأجرة عن المستأجر . أما إذا اختلت المنفعة فلم تفت إلا فواتا جزئيا ، فلا بد من فسخ العقد بحضرة المؤجر ، فإن لم يفسخ المستأجر العقد لم ينفسخ من تلقاء نفسه ، ووجبت الأجرة استوفى المستأجر المنفعة مع العيب أو لم يستوفيا .

إدخال التقنين المدنى العراقى فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة :

والتقنين المدنى العراقى ، كما هو معروف ، مأخوذ فى جزء كبير منه من الفقه الإسلامى مع تعديلات اقتضتها سنة التطور . ومما أدخله هذا التقنين من التعديلات فكرة الارتباط مابين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين وإقامة نظرية الفسخ على هذه الفكرة ، وقد اقتبس التقنين العراقى ذلك من الفقه الغربى .

وهذه هى نصوص التقنين المدنى العراقى فى هذه المسألة :

م ١٧٧ عراقى : ١ — فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد ، جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض . على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل ، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام فى جملته ٢ — فى عقد الإيجار إن امتنع المستأجر عن إيفاء الاجرة المستحقة الوفاء ، كان للمؤجر فسخ الإجارة . وفى أيجار العمل إن امتنع المستأجر عن إيفاء الاجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد . وفى عقد البيع يجوز للبائع أو للمشترى أن يطلب الفسخ ، إذا لم يؤد العاقد الآخر ماوجب عليه بالعقد . كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب ، من غير اشتراط فى العقد .

م ١٧٨ عراقى : « يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته » .

م ١٧٩ عراقى : ١ » — إذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه ، انفسخ العقد ، سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ، ووجب

عليه رد العوض الذى قبضه لصاحبه . ٢ - فالمبيع إذا هلك فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى ، يكون من مال البائع ولا شىء على المشترى » .

م ١٨٠ عراق : « إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ ، سقط الالتزام الذى كان مترتباً عليه . فلا يلزم تسليم البدل الذى وجب بالعقد ، وإن كان قد سلم يسترد . فإذا استحال رده ، يحكم بالضمان » .

وهذه النصوص تحمل أثر التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الغربى ، ولكنها أكثر نزوعا إلى الفقه الغربى . فقد وسعت من نظرية الفسخ وجعلتها القاعدة بعد أن كانت استثناء فى الفقه الإسلامى ، وأقامت نظرية الفسخ على فكرة الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين . وفكرة الارتباط هذه يأباها الفقه الإسلامى على الأقل فيما يتعلق بالفسخ ، وإن كان قد قبلها فيما يتعلق بالدفع بعدم تنفيذ العقد على ما سنرى .

المبحث الثانى

متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد

فى الفقه الإسلامى

الدفع بعدم تنفيذ العقد أوسع نطاقا من الفسخ فى الفقه الإسلامى :

الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى أوسع نطاقا من الفسخ كما سبق القول ، ويمكن أن تستخلص من تطبيقاته المختلفة نظرية عامة أكثر شمولا من نظرية الفسخ .

فنستعرض أولا تطبيقات مختلفة لهذا الدفع ، ثم نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة[١] .

المطلب الأول

تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الاسلامى

عقود متنوعة :

نستعرض تطبيقات للدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الآتية : عقد البيع وعقد الإيجار ، وعقد الوكالة ، وعقد الزواج .

١ — عقد البيع

المشترى ينقد الثمن أولا ثم يقبض المبيع :

إذا كان البيع بيع سلعة بنقد — وهذا هو البيع المعروف فى الفقه الغربى — فإنه يجب على المشترى أن ينقد الثمن أولا ، مالم يكن الثمن دينا مؤجلا على المشترى .

أما إذا كان البيع مقايضة (بيع سلعة بمثلها) أو صرفا (بيع نقود بمثلها) فإن المبيع والثمن يسلمان معاً فى وقت واحد .

حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن :

فإذا كان الثمن حالا ، سواء فى البيع أو المقايضة أو الصرف ، فإن للبائع

(١) انظر فى هذا الموضوع فى الفقه الاسلامى رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء — بحث موازن — القاهرة سنة ١٩٤٥ .

حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن . ولا يسقط حق البائع بإعطاء المشترى له رهناً أو كفيلا ولا بإبرائه من بعض الثمن ، بل له حبسه إلى استيفاء الثمن بتمامه (١) .

أما إذا لم يكن الثمن حالا ، بأن كان مؤجلا عند البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق للبائع فى حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشترى ، ولا يطالبه بالثمن إلا عند حلول الأجل .

كذلك إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبسه ، فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع .

وإذا استوفى البائع الثمن ولو من طريق الحواله ، بأن أحال البائع أحداً على المشترى بالثمن أو أحال المشترى البائع بالثمن على مدين له ، وقبل المشترى أو البائع الحوالة ، سقط حق البائع فى حبس المبيع ، إذ يعتبر مستوفيا للثمن .

وحق البائع فى حبس المبيع يقترن به حق امتياز له على المبيع يتقدم به

---

(٢) وقد قرر حبس المبيع ، الى جانب الحنفية ، المالكية . وهو المختار عند الحنابلة ، وان كان المشهور فى مذهب احمد عند أصحابه ان البائع لا يملك الحبس (اعلام الموقعين ٤ ص ٢٧ ـ الشرح الكبير ٤ ص ١١٣ ـ ابن جزى ص ٢٢٩) .

وفى قول فى مذهب الشافعى للبائع حق حبس المبيع كما عند الحنفية ، وفى قول آخر يجبر البائع على الابتداء بالتسليم لرضاه بذمة المشترى ولاستقرار ملكه ، ولان ملك المشترى للمبيع غير مستقر فعلى البائع تسليمه حتى يستقر « الشرح الكبير ٤ ص ١١٣ ـ ص ١١٤ » .

وفى قول ثالث يجبران لوجوب التسليم عليهما (الوجيز للغزالى ١ ص ١٤٦ ـ النهاية على المنهاج ٣ ص ١٥٩ ـ البدائع ٥ ص ٢٤٩ ـ المبسوط ١٣ ص ١٩٢) . ويوجد اجماع فى مذهب الشافعى على ان للبائع حبس المبيع عند خوف فوته عليه (المنهاج ٤ ص ٢٠٦) . وللبائع ان يشترط رهن العين المبيعة عنده حتى يستوفى الثمن (اعلام الموقعين ٤ ص ٢٨) .

وعند الامامية جاء فى مفتاح الكرامة كتاب المتاجر (ص ٧١٩ ـ ص ٧٢٠) : « والاطلاق يقتضى تسليم الثمن والمثمن ، فان امتنعا اجبرا ، ويجبر احدهما لو امتنع ، سواء كان الثمن عينا او دينا . فاما اذا لم يبذل البائع المبيع واراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن ، فله ذلك بلا خوف ، وكذا للمشترى حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع » .

على سائر غرماء المشترى . فإذا مات المشترى مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن[1] فالبائع أحق بحبسه كما قدمنا إلى أن يستوفى الثمن من تركة المشترى أو ببيعه القاضى . ويؤدى للبائع حقه من ثمنه ، فإن زاد الثمن على حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه كان أسوة الغرماء فيما بقى له .

حبس المشترى للثمن :

وإذا كان البيع مقايضة أو صرفاً فوجب قبض الثمن والمبيع فى وقت واحد ، فالظاهر أن للمشترى حبس الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع .

لكن إذا قبض المشترى المبيع وكان الثمن حالا ، لم يجز له أن يحبس الثمن إلا إذا استحق المبيع فى يده بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن .

وإذا استحق المبيع حتى قبل قبضه من المشترى ، كان للمشترى أن يحبس الثمن ، بل إن له فى هذه الحالة حق الفسخ واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع .

§ ٢ — عقد الإيجار

المستأجر يدفع الأجرة أولا ثم يتسلم العين المؤجرة :

وفى عقد الإيجار يرتب الفقه الإسلامى الالتزامين المتقابلين من حيث المبادأة فى التنفيذ ، بأن يجعل المستاجر يبدأ بدفع الأجرة إذا كانت معجلة ، ثم على المؤجر بعد قبضه الأجره أن يسلم للمستاجر العين المؤجرة .

---

(١) اما اذا قبض المشترى المبيع وافلس ، ففى المذهب الحنفى يكون البائع اسوة الغرماء وليس له حق امتياز ، لان المشترى قبض المبيع . وعند الشافعى والاوزاعى واهل الظاهر للبائع استرداد سلعته بشرط ان يجدها بعينها كاملة . وعند الحنابلة للبائع ايضا استرداد السلعة ، ويعللون ذلك بفسخ البيع (المغنى ٤ ص ٤٥٩) .

على أن الأجرة لا تلزم بمجرد العقد ، فلا يجب تسليمها به إلا إذا اشترط على المستأجر تعجيلها وكانت الأجارة منجزة . فإذا كانت الإجارة مضافة إلى وقت مستقبل ، فلا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة ، ولو عجلت لا تملك ويجوز استردادها ، وإذا كانت الإجارة منجزة ، جاز اشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها وتقسيطها إلى أقساط تؤدى فى أوقات معينة . وإذا لم يشترط تأجيل الأجرة ولا تعجيلها فى الأجارة المنجزة ، لم تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة المستأجر واستيفائه المنفعة فعلا أو بتمكنه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها . فإن قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة عن متاع المؤجر ، لزمته أجرتها ولو لم يسكنها .

ويخلص مما قدمناه أن الأجرة لا تجب قبل تسليم العين المؤجرة إلا إذا كانت الإجارة منجزة واشترط تعجيل الأجرة أو تعجيل أقساطها قسطاً قسطاً(١) .

حبس المؤجر العين المؤجرة حتى يستوفى الأجرة :

فإن اشترط تعجيل الأجرة فى الإجارة المنجزة ، كانت واجبة الأداء بمجرد العقد وقبل أن يسلم المؤجر المستأجر العين المؤجرة . وللمؤجر أن يحبس العين المؤجرة ويمتنع عن تسليمها للمستأجر حتى يستوفى الأجرة ، وهذا عدا حقه فى فسخ الأجارة على النحو الذى قدمناه .

حبس المستأجر العين حتى يستوفى ما عجله من الأجرة عند موت المؤجر :

وهناك حالة يحبس فيهـــا المستأجر العين عن الرد ، ذلك أنه إذا مات المؤجر فانقضى عقد الإيجار ، وكان المستأجر قد عجل الأجرة لمدة لم يستوف المنفعة فيها ، فله حبس العين المأجورة إلى حين استرداد

---

(١) انظر فى ميعاد دفع الأجرة : البدائع ٤ ص ٢٠١ - ٢٠٤ - الزيلعى ٥ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - بداية المجتهد ٢ ص ٨١٨ - المجلة م ٤٧٤ .

ما عجله . بل إن المستأجر فى هذه الحالة حق امتياز على العين المؤجرة بما وجب له استرداده من الأجرة المعجلة ، فلو مات المؤجر مديونا وليس له ما يسد به دينه غير العين المؤجرة ، بيعت العين والمستأجر أحق بثمنها من سائر الغرماء إن كانت العين فى يده ، فيستوفى حقه من ثمنها وما زاد للغرماء ، وإن نقص للمستأجر شىء مما عجله كان فى الناقص أسوة الغرماء .

ويلاحظ هنا أن حق الحبس ثبت للمستأجر بعد انقضاء العقد بموت المؤجر ، وقد استحق المستأجر استرداد المعجل من الأجرة بموجب قاعدة دفع ما لا يجب لا بموجب العقد .

امتناع الأجير عن العمل حتى يستوفى أجره :

والأجير الخاص يستحق أجره بتسليم نفسه للخدمة وتمكنه منها ، سواء خدم أو لم يخدم . على أنه يجوز اشتراط تعجيل الأجر قبل أن يسلم الأجير نفسه للعمل ، فيجوز فى هذه الحالة للأجير أن يمتنع عن العمل — أى أن يحبس نفسه أو عمله — إلى أن يستوفى أجره المشروط تعجيله(١) . هذا عدا حقه فى فسخ الإجارة فيما قدمناه .

حبس الأجير المشترك العين المعقود عليها حتى يستوفى أجره :

وإذا كان الأجير مشتركا كالخياط والحمال ، فمن كان لعمله أثر فى العين كالخياط جاز له حبسها وعدم تسليمها المستأجر حتى يستوفى أجرته إن كانت الأجرة حالة ، فإن تلفت عنده فلا ضمان عليه ولا أجر له . وإن كانت مؤجلة ، فليس له حبسها ، فتلفت فعليه قيمتها .

ومن ليس لعمله أثر كالحمال ليس له حبس العين للأجرة ، فإن حبسها

---

(١) انظر فى امتناع الأجير الخاص عن العمل حتى يستوفى أجره « البدائع » ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ » .

وتلفت ضمن قيمتها ، وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وعليه له الأجر ، وإن شاء ضمنها غير محمولة ولا أجر عليه(١) .

§ ٣ — عقد الوكالة وعقد الزواج

حبس الوكيل بالشراء المبيع عن الموكل حتى يستوفى الثمن :

وإذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المبيع من مال نفسه للبائع . فله الرجوع به على موكله ، وله حبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن وإن لم يكن دفعه للبائع .

حبس الزوجة نفسها عن زوجها حتى تستوفى المهر :

وقد جرى حق الحبس فى الفقه الإسلامى حتى فى غير عقود المعارضات المالية . فى عقد الزواج ، وهو ينطوى على مبادلة البضع بالمهر احتاط الفقه الإسلامى لحفظ حق الزوجة فى مهرها ، فأجاز لها حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفى المعجل من المهر . فللزوجة إذن قبل الدخول أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر ، ويثبت لها هذا الحق حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها . ذلك أن الزواج عقد معارضة ، فيقتضى المساواة من الجانبين ، والمرأة عينت حق الزوج فيجب أن يعين الزوجة حقها ، وإنما يتعين بالتسليم (البدائع ٢ ص ٢٨٨) .

---

(١) انظر فى حبس الاجير المشترك العين الذى لعمله فيها أثر حتى يستوفى اجره : البدائع ٤ ص ٢٠٤ — الزيلعى ٥ ص ١١١ — المجلة م ٤٨٢ — ٤٨٣ .

والمالكية لا يقولون بوجوب أن يكون لعمل الاجير أثر فى العين . جاء فى المدونة : « قلت ارايت الخياطين والقصارين والجزارين والصواغين وأهل الصناعات اذا عملوا للناس بالاجرة ، الهم ان يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا اجرهم . قال وكذلك فى التفليس هم أحق بما فى أيديهم وكذلك فى الموت هم احق بما فى أيديهم اذا مات الذى استعمل عندهم وعليه دين . قلت ارايت ان استاجرت حمالا يحمل لى الطعام أو متاعا أو عرضا من العروض الى موضع من المواضع باجر معلوم على نفسه أو على دابته أو على ابله أو على سفينته ، فحمل ذلك حتى اذا بلغ الموضع الذى اشترطت عليه منعنى متاعى او طعامى حتى يقبض حقه ؟ قال ، قال مالك ذلك له ، وان فلس رب المتاع كان هذا الحمال او الكرى أحق بما فى يديه من الغرماء حتى يستوفى =

وحق المرأة فى حبس نفسها حتى تستوفى المعجل من المهر يقتضى الا تلتزم بما كانت تلتزم به لو دخل بها الزوج ، فلا يكون للزوج منعها من السفر أو الخروج من منزله أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر [١] .

ولا يمنع حبس المرأة نفسها عن زوجها حتى تستوفى المهر من وجوب النفقة لها على زوجها ، حتى فى مدة الحبس (الزيلعى ٣ ص٥٠ — ص٥٢) .

المطلب الثانى

استخلاص نظرية عامة فى الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى

عناصر هذه النظرية :

ويمكن أن نستخلص من التطبيقات المتقدمة عناصر نظرية عامة للدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى ، باعتباره صورة خاصة من صور الحق فى الحبس ، فنقتصر على بحث الدفع وحـــده دون أن نعمم القول فى الحق فى الحبس .

= حقه » . (المدونة الكبرى ٣ ص ١٤ تحت عنوان القضاء فى الاجارة) .
على أن الحنيفية انفسهم خففوا من حدة هذا التمييز المادى ، فقالوا ليس المراد بالاثر عينا مملوكة للعامل كالنشاء والغراء وغيرهما ، بل مجرد ما يعاين ويرى . وعلى هذا فغاسل الثوب لتحسينه وكاسر الفستق والحطب لهم حبس العين حتى يستوفوا الاجرة (الاستاذ سليم باز فى تعليقه على المادة ٤٨٢ من المجلة .

(١) « لان حق الحبس انما يثبت لاستيفاء المستحق ، فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل ايفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء ، فلا يثبت حق الحبس . واذا وافاها المهر فله ان يمنعها من ذلك كله ، الا من سفر الحج .. وله أن يدخل بها ، لانه اذا أوفاها حقها يثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه . فان أعطاها المهر الا درهما واحدا ، فلها أن تمنع نفسها وان تخرج من مصرها حتى تقبضه ، لان حق الحبس لا يتجزأ » (البدائع ٢ ص ٢٩٨) .

ويمكن إفراد عناصر هذه النظرية على الوجه الآتى . (١) شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد . (٢) الأثر الذى يترتب على هذا الدفع . (٣) الاساس الذى يقوم عليه هذا الدفع .

ونعقب ذلك بما سار عليه التقنين المدنى العراقى فى هذا الموضوع .

شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد :

يمكن القول إن هناك شرطين للدفع بعدم تنفيذ العقد :

١ – يجب أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين أى عقد معاوضة . فى هذا النوع من العقود يوجد الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، ويكون تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين منوطا بتنفيذ الالتزام المقابل . فهذه الرابطة العقدية وما تنشئه من ارتباط هى التى ميزت الدفع بعدم تنفيذ العقد عن سائر التطبيقات المتنوعة فى الحق فى الحبس فى الفقه الإسلامى ، ونطاق الحق فى الحبس أوسع بكثير من نطاق الدفع بعدم تنفيذ العقد[1] .

---

(١) فمن الامثلة على حق الحبس فى غير العقود : (١) من يرد العبد الابق له جعل ، وله ان يحبس العبد حتى يستوفيه (الزيلعى ٢ ص ٣٠٨ – ص ٣٠٩ – البدائع ٦ ص ٢٠٣ – ص ٢٠٤) . وحق الملتقط فى حبس اللقطة بما أنفق عليها (الزيلعى ٢ ص ٣٠٦) . (ب) اذا انهدم الملك المشترك الذى لا يقبل القسمة ، وأراد أحد الشريكين بناءه وامتنع الاخر ، يجبر على العمارة . فان لم يعمر ، باذن القاضى للشريك بالعمارة ، ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدى ما يخص حصته من المصروفات (م ٨٥١ مرشد الجيران) . واذا انهدم السفل او احتاج الى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فان امتنع وعمر صاحب العلو باذنه او باذن القاضى ، فله الرجوع عليه بما انفقه على العمارة بالقدر المعروف . ولصاحب العلو ان يمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يوفيه حقه . واذا انهدم حائط مشترك بين جارين وكانت عليه حمولة لهما كقصر او رؤوس جذوع ، وعمر أحدهما عند امتناع الآخر ، فله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف ما صرفه (م ١٣١٦ المجلة) . (حـ) اذا بنى الغاصب على الارض المغصوبة بناء أو غرس غرسا ، وكان القلع أو الهدم مضرا بالارض ، فلصاحب الارض ان يعطى قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع ويتملكه جبرا على الغاصب ، وللغاصب حبس الارض حتى يستوفى حقه . ولو غيب الغاصب المغصوب وضمن قيمته ، فان ظهر بعد ذلك وأخذه المالك ، فللغاصب حبسه حتى يسترد القيمة التى دفعها (الزيلعى ٥ ص ٢٢١) .

٢ — يجب أن يكون الالتزام المحبوس أو الذى يقف المدين تنفيذه حتى يستوفى الالتزام المقابل التزاما يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل. وقد رأينا ترتيب تنفيذ الالتزامات المتقابلة فى العقود المختلفة ، فى البيع مثلا يبدأ المشترى بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة ، فالذى يقف تنفيذه من الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفى الثمن ، وليس العكس . وكذلك الأجرة لا تستحق إلا إذا تمكن المستأجر من إستيفاء المنفعة ، فلا يجوز للمؤجر حبس العين إلى حين استيفاء الأجرة إلا إذا كانت الأجرة معجلة . أما إذا كان الالتزامان المتقابلان واجبى التنفيذ فى وقت واحد ، لم يبق إلا أن يودع كل من المتعاقدين التزامه فى يد عدل ، ويسلم العدل كلا منهما حقــه فى نفس الوقت الذى يسلم فيه الحق المتعاقد الآخر .

الأثر الذى يترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد :

ويترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد أن يوقف تنفيذه دون أن يفسخ أو ينحل. فالعقد لا يزال قائماً واجب النفاذ ، وإنما ابيح لأحد المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه — لا التحلل منه — حتى يستوفى حقه فى ذمة العاقد الآخر .

وفى العقود الزمنية كالإيجار ، ما وقف تنفيذه من مدة ينتقص من العقد لأن هذه هى طبيعة العقود الزمنية ، الزمن معقود عليه فيها وما مضى من الزمن لا يعود .

ويسقط الدفع بعدم تنفيذ العقد : (١) بتنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، فلو حبس البائع المبيع حتى يستوفى الثمن ، سقط حقه فى الحبس إذا وفى المشترى الثمن . ويجب أن يوفى المشترى كل الثمن ، فلو بقى منه درهم لم يسقط حق الحبس ، لأن هذا لا يتجزأ . (٢) بالنزول عن الدفع صراحة أو ضمناً.

وإذا أعطى البائع المشترى أجلا فى دفع الثمن ، كان منه نزولا ضمنياً عن حقه فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . فلو أن المشترى لم يقبض المبيع حتى حل أجل دفع الثمن ، فليس للبائع حبس المبيع ، لأنه أسقط هذا الحق بتأجيل الثمن والساقط لا يعود . كذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أخر البائع الثمن بعد العقد إلى أجل ، فليس له حق حبس المبيع ولو كان لم يسلم إلى أن حل أجل دفع الثمن . (٣) بانقضاء الالتزام المقابل لأى سبب. فيس للبائع حبس المبيع إذا أحال أحداً بالثمن على المشترى ، أو أحال المشترى البائع على مدين للمشترى .

الأساس الذى يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد :

يمكن القول بأن ارتباط الالتزامين المتقابلين فى عقد المعاوضة هو الأساس الذى يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى . فقد كان هذا الارتباط محل الاعتبار ، وانبنى عليه أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل . وهذا بخلاف الفسخ فلم يعتبر فيه الارتباط ، لأن الفسخ هو حل للعقد لا مجرد وقف له ، فهو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ ، وإذا أباح الارتباط الأقل فلا يتعين أن يبيح الأكثر .

على أن الارتباط هنا يجب أن يفهم فى ضوء فكرة عامة فى الفقه الإسلامى تتعلق بعقود المعاوضة ، وهذه الفكرة هى أن المساواة فى هذه العقود هى مقصود المتعاقدين . وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضى ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل ، وإلا كان فى ذلك إخلال بالمساواة المقصودة . وفى هذا المعنى يقول صاحب البدائع : « ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، ولأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم ، فلا بد من تسليمه أولا تحقيقاً للمساواة (البدائع ٥ ص ٢٤٩).

ويقول أيضاً : « إن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها فى أحد العوضين لا يثبت فى العوض الآخر ، إذ لو ثبت لا تكون معاوضة حقيقة ، لأنه لا يقابله عوض ، ولأن المساواة فى العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة إذا لم يثبت الملك فى أحد العوضين » (البدائع ٤ ص ٢٠١) .

التقنين المدنى العراقى فى الدفع بعدم تنفيذ العقد :

وقد قنن التقنين المدنى العراقى قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى فى نص واحد ، جعله من العموم والشمول بحيث يوسع من القاعدة على النحو الذى وجدناه فى الفقه الغربى . فنصت المادة ٢٨٠ من هذا التقنين على ما يأتى : « ١ - للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدى المشترى جميع الثمن الحال ، وللعامل أن يحبس الشىء الذى يعمل فيه إلى أن يستوفى الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر فى هذا الشىء أو لم يكن ، وذلك كله وفقاً للأحكام التى قررها القانون . ٢ - وفى كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده حتى يقبض البدل المستحق » .

ويلاحظ أن التقنين المدنى العراقى جعل الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعا عن الحق فى الحبس وأدرج النص فى هذا المكان .

الفصل الثانى

الإقالــة

٭
٭ ٭

الفرع الأول

الإقالــــــة

فى الفقه الغربى

كيف تتم الإقالة من العقد والأثر الذى يترتب عليها :

———

الإقالة فى الفقه الغربى لا تشغل الإمكان ضيقاً محدوداً ، ولا تكاد تذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات يخضع لجميع القواعد العامة فى الاتفاقات والعقود . ومن ثم سيكون بحثها فى الفقه الغربى موجزاً ، فنتكلم فى أمرين : (١) كيف تتم الإقالة . (٢) الأثر الذى يترتب عليها .

المبحث الأول

كيف تتم الإقالة

تتم الإقالة من العقد بإيجاب وقبول :

كما ينشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشائه ، كذلك يزول إقالة بإيجاب وقبول متطابقين على إلغائه . فالعقد إتفاق ينشىء الالتزام ، أما الإقالة

فهى اتفاق يقضيه . والإيجاب والقبول قد يكونان صريحين أو ضمنيين ، كما هو الأمر فى إنشاء العقد الأصلى .

وإذا كان العقد الذى حصلت الإقالة منه عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمى ، لم تتم الإقاله إلا بنفس الشكل الذى أنشأ العقد ، فلا بد إذن من ورقة رسمية للإقالة من الهبة والرهن الرسمى .

والتراضى على الإقالة يوجد بتلاقى الإيجاب والقبول متطابقين ، ويصح إذا صدر من ذى أهلية خالياً من عيوب الإرادة وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

والإقالة محلها إلغاء الالتزامات التى نشأت من العقد المقال منه ، وسببها هو الباعث الذى دفع المتقايلين إلى هذا الإلغاء .

كيف تتم الإقالة بإرادة منفردة :

وقد تتم الإقالة بإرادة منفردة تصدر من أحد العاقدين ، ولكن يجب أن يكون متفقاً بين العاقدين من قبل على جواز الإقالة بهذه الإرادة المنفردة . فالارادة المنفردة التى تتم بها الإقالة هى إرادة منفردة متفق عليها بإرادتين متطابقتين سابقتين ، فلا بد إذن من الاتفاق فى الإقالة ، إما عند الإقاله ذاتها وإما فى وقت سابق عليها . مثل ذلك ما يتفق عليه عادة فى عقود الايجار من أن لكل من المتعاقدين الحق فى إلغاء عقد الإيجار بإعلان يرسله إلى المتعاقد الآخر قبل الإلغاء بمدة معينة . فهنا عقد الإيجار يجوز إلغاؤه بإرادة أحد العاقدين عن طريق إعلان هذه الإرادة للعاقد الآخر فى مدة معينة ، ولكن الإقالة على هذا الوجه متفق عليها فى عقد الايجار بين المتعاقدين . ويستوى فى ذلك أن تكون مدة الايجار مذكورة فى عقد الإيجار حداً أقصى كما لو اتفق على أن تكون المدة تسع سنوات ولكن يجوز إلغاء العقد قبل ذلك بإعلان أحد الطرفين الآخر فى مدة معينة ، أو يكون المذكور من المدة هو الحد الأدنى

كما لو انفق على أن تكون مدة الإيجار سنة تمتد إلى سنوات متوالية حتى يعلن أحد الطرفين الآخر فى مدة معينة بإلغاء الإيجار ، أو ألا تكون المدة مذكورة أصلا كما لو اتفق على الإيجار دون تحديد مدة ما على أن يلغى العقد بإعلان أحد الطرفين الآخر فى مدة معينة ويلاحظ أن هذه المدة المعينة تكون فى هذه الحالة هى الحد الأدنى للإيجار . وكما تقع الإقالة على هذا الوجه فى عقد الإيجار، تقع أيضاً فى عقد العمل وفى عقد التأمين وفى عقد الشركة وفى غير ذلك من العقود .

الرجوع فى الهبة :

ويقرب من الإقالة الرجوع فى الهبة ، فإنه يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك . فإن تم الرجوع بالتراضى ، فهذه إقالة من الهبة ، ويجب أن تتم فى ورقة رسمية كما فى إنشاء الهبة ، إلا إذا كانت قد تمت بالقبض فى المنقول فتتم برد المقبوض .

على أن الرجوع فى الهبة قد يتم بغير الاقالة ، ذلك أنه إذا لم يقبل الموهوب له الاقالة جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع . ويعتبر عذراً مقبولا للرجوع فى الهبة أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الاخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، أو أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير ، أو أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع أو يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حى . أما موانع الرجوع من الهبة فمعروفة فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى

الأثر الذى يترتب على الإقالة

انحلال العقد :

يترتب على الإقالة انحلال العقد ، فتنقضى بالإقالة الالتزامات التى أنشأها العقد ، سواء كانت هذه الالتزامات لم يبدأ تنفيذها فتزول دون أن تنفذ ، أو بدأ تنفيذها ولكنه لم يتم فتزول أيضاً دون يتم تنفيذها . أما إذا كانت الالتزامات قد تم تنفيذها ، ولا يراد الرجوع فيها بأثر رجعى ، فلامحل للإقاله من العقد لأن العقد ذاته يكون قد انقضى .

ليس للإقالة فى الأصل أثر رجعى :

والإقالة فى الأصل ليس لها أثر رجعى ، فينحل العقد باتفاق تال له هو الإقالة ، وماتم تنفيذه من العقد لا يرجع فيه بطريق الاستناد . ويترتب على ذلك النتائج الآتية فى العقود الناقلة للملكية :

١ — إذا تقايل المتعاقدان من عقد ناقل للملكية كالبيع ، فالملكية التى انتقلت للمشترى الأصلى لا تزول بأثر رجعى ، ولكنها تعود إلى البائع بعقد جديد هو الاقالة . وتعود مثقلة بالحقوق العينية التى أنشأها المشترى على المبيع كرهن أو ارتفاق ، أو التى تكون قد نشأت من جهته كحق امتياز أو حق اختصاص .

٢ — ومن ثم يجب تسجيل الإقالة حتى تعود الملكية إلى البائع ، وقبل التسجيل تبقى الملكية للمشترى ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيها .

٣ — ويجب دفع رسوم جديدة عن عودة الملكية من جديد إلى البائع ، تعادل الرسوم التى دفعت عند تسجيل البيع الأصلى .

٤ - ولا يسقط حق الشفيع فى الشفعة بسبب البيع الذى تقايل منه المتعاقدان ، بل يثبت للشفيع حق جديد فى الشفعة بالاقالة إذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة فى البيع الأصلى .

قد يكون للاقالة أثر رجعى :

على أن المتقايلين قد يتفقان عند الاقالة على أن يكون لها أثر رجعى ، فما بدأ تنفيذه من الالتزامات أو تم يرجع فيه ويعتبر العقد الأصلى كان لم يكن ، وهنا تقترب الاقالة من الفسخ الاتفاق .

ولكن الأثر الرجعى المتفق عليه للإقالة ترد عليه القيود الآتية :

١ - بالنسبة إلى التسجيل والخزانة ، لاتزال الإقالة ذات الأثر الرجعى تعتبر عقدا جديدا ، وماقررناه من وجوب تسجيلها ودفع رسوم جديدة عند التسجيل ينطبق هنا كما انطبق هناك .

٢ - بالنسبة إلى الغير، لايضار هؤلاء بالأثر الرجعى . فاذا كان المشترى قبل التقايل قدرتب حقا عينا على العين المبيعة أو ترتب من جهته هذا الحق العينى ، كرهن أو ارتفاق أو امتياز أو اختصاص ، فإن الاثر الرجعى للإقالة لايمس حقوق الغير ، وتعود العين إلى البائع مثقلة بهذه الحقوق .

٣ - بالنسبة إلى الدائنين ، لايضارون هم أيضا بالاثر الرجعى إذا وقعت الإقالة من المدين غشا إضرارا بحقوقهم . فيجوز للدائنين فى هذه الحالة الطعن فى الإقالة بالدعوى البولصية ، بل إنهم يستطيعون هذا الطعن ولولم يكن للإقالة أثر رجعى ، ذلك إن الإقالة قد تضر حقوق الدائنين ولولم يكن لها أثر رجعى.

٤ - بالنسبة إلى العقود الزمنية كالإيجار ، لايمس الاثر الرجعى ماتم تنفيذه من هذه العقود حتى فيما بين المتقايلين . فطبيعة العقد الزمنى أن ماتم تنفيذه منه لايمكن الرجوع فيه ، إذ الزمن معقود عليه وممامضى من الزمن لايعود . وفى هذا تستوى الإقالة والفسخ ، فقد قدمنا أن الفسخ ليس له أثر رجعى فى العقود الزمنية .

الفرع الثانى

الإقالة

فى الفقه الإسلامى

خطة البحث :

يفيض الفقه الإسلامى فى الإقالة أكثر مما يفيض الفقه الغربى كما سبق القول . وسنجرى فى بحث الإقالة فى الفقه الإسلامى على الخطة التى جرينا عليها فى الفقه الغربى ، فنبحث : (أولا) كيف تتم الإقالة : (ثانيا) الأثر الذى يترتب على الإقالة (ثالثا) و ننتهى بعدموازنة بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى فى الإقالة .

المبحث الأول

كيف تتم الإقالة

تنعقد الإقالة بإيجاب وقبول :

ركن الإقالة فى الفقه الإسلامى الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر ، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن . ولا خلاف فى أن الإقالة تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى ، وكذلك تنعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى والآخر عن المستقبل كما فى الزواج وبخلاف البيع عند إنشائه لا عند التقايل منه ، وذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، أما عند محمد فلا تنعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضى كما فى البيع عن إنشائه . « وجه قوله — كما جاء فى البدائع ٥ ص ٣٠٦ — أن

ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول كركن البيع . ثم ركن البيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضى ، فكذا ركن الإقالة . ولهما الفرق بين الإقالة وبين البيع وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة ، والمساومة فى البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع إيجاباً ، بخلاف الإقالة لأن هناك لا يمكن حمل اللفظة على حقيقتها لأن المساومة فيها ليست بمعتادة فتحمل على الإيجاب ولهذا حملناها على الإيجاب فى النكاح ، كذا هذا » .

شرائط صحة الإقالة :

وشرائط صحة الإقالة :

١ – رضاء المتقايلين أى خلو التراضى من الإكراه ، لأن الإكراه يفسد العقود .

٢ – المجلس ، لأن معنى العقد موجود فى الإقالة فيشترط لها المجلس كما يشترط للعقد .

٣ – تقابض بدلى الصرف فى الإقالة من الصرف .

٤ – أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبى حنيفة وزفر ، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصح الإقالة عندهما . وعند أبى يوسف هذا ليس بشرط .

٥ – قيام المبيع وقت الإقالة ، فإن كان هالكا وقت الإقالة لم تصح . فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط . ووجه الفرق أن إقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع ، وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لأنه هو المعقود عليه على معنى أن العقد ورد عليه لا على الثمن ، لأنه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لأنه لا يحتمل التعيين وإن عين لأنه اسم لما فى الذمة فلا يتصور إيراد العقد عليه . دل أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن ، فإذا هلك لم يبق محل حكم البيع

فلا يبقى حكمه ، فلا نتصور الإقالة التى هى رفع حكم البيع فى الحقيقة . وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم ، فتصح الإقالة . وكذا إن كان المبيع قائماً وقت الإقالة ثم هلك قبل الرد على البائع ، بطلت الإقالة سواء كان الثمن قائماً أو هالكا لأن الإقالة فيها معنى البيع ، وهلاك المبيع بعد الإقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض ، فإنه يوجب بطلان البيع فكذا يوجب بطلان الإقالة. ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ، ثم هلكت إحداهما فى يد مشتريها ثم تقايلا ، صحت الإقالة ، وعلى مشترى الهالك رد مثله أو قيمته ويسترد العين الباقية ، لأن المبيع إحداهما والآخر ثمن فإذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد . أنظر فى شرائط صحة الإقالة البدائع ٥ ص ٣٠٨ — ص ٣١٠ .

الرجوع فى الهبة :

والرجوع فى الهبة بالتراضى فى الفقه الإسلامى نوع من الاقالة ، كما هو الأمر فى الفقه الغربى . بل إن أحكام الرجوع فى الهبة فى مصر مأخوذة عن أحكام الفقه الإسلامى ، وقد قنن التقنين المصرى هذه الأحكام من حيث جواز الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بحكم القاضى ، ومن حيث الموانع التى تمنع الرجوع فى الهبة . أما العذر الموجب لفسخ الهبة بالتقاضى فى التقنين المدنى المصرى فمأخوذ عن التقنين المدنى الفرنسى .

المبحث الثانى

الأثر الذى يترتب على الاقالة

انحلال العقد :

يترتب على الإقالة انحلال العقد ، فيرتفع حكمه . ولذلك يجب أن يكون

العقد منعقداً فى حق الحكم حتى ترد عليه الإقالة ، فإذا لم ينعقد فى حق الحكم كأن هلك المبيع قبل الإقالة أو بعد الإقالة وقبل الرد ، لم تصح الإقالة ، لأنه لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا تتصور الإقالة التى هى رفع حكم البيع ، وقد تقدم بيان ذلك .

التكييف القانونى للإقالة — ماهية الإقالة :

وقد اختلف الفقهاء فى ماهية الإقالة . فعند أبى حنيفة الإقالة فسخ فى حق المتقايلين ، وبيع جديد فى حق الغير . وقال أبو يوسف إنها بيع جديد فى حق المتقايلين وفى حق الغير ، إلا إذا تعذر إعمالها بيعا فتجعل فسخا ، وهذا هو أيضا مذهب مالك . وقال محمد هى فسخ فى حق المتقايلين وفى حق الغير إلا إذا تعذر إعمالها فسخا فتجعل بيعا ، وهذا هو أيضا مذهب الشافعى ومذهب أحمد . وقال زفر هى فسخ فى حق المتقايلين وفى حق الغير .

ويترتب على هذا الاختلاف فى الرأى اختلاف الحكم فى المسائل الآتية :

١ — إذا تقايل المتبايعان ولم يسميا الثمن الأول ، أو سميا زيادة على الثمن الأول ، أو أنقصا من الثمن الأول ، أو سميا جنسا آخر سوى الجنس الأول قل أو كثر ، أو أجلا الثمن الأول ، فالإقالة تكون على الثمن الأول عند أبى حنيفة لأنها عنده فسخ فى حق العاقدين ، والفسخ رفع العقد ، والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة ، وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل ، وتبقى الإقالة صحيحة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأن الشرط إنما يؤثر فى البيع لأنه يمكن الربا فيه والإقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه . وعند أبى يوسف — إذ الإقالة بيع إلا إذا تعذر فتجعل فسخاً — إن كانت الإقالة بعد قبض المبيع مطلقا أو قبل القبض فى العقار فهى بيع ، لأن بيع المشترى المبيع بعد قبضه مطلقا وقبل قبضه فى العقار يجوز ، وتكون الإقالة بالثمن الجديد لأنه لم يتعذر إعمالها بيعاً ، أما قبل القبض

فى المنقول فلا يجوز للمشترى التصرف فيتعذر إعمال الإقالة بيعاً فتجعل فسخاً على الثمن الأول وتبطل التسمية . وعند محمد — إذ الإقالة فسخ إلا إذا تعذر فتجعل بيعاً — إن كانت الإقالة قبل القبض تعذر إعمالها بيعاً إذ لا يجوز عنده للمشترى بيع المبيع قبل قبضه فى المنقول والعقار على السواء فتجعل فسخاً وتبطل التسمية ، وإن كانت الإقالة بعد القبض لم يتعذر إعمالها بيعاً فتجعل بيعاً وتجوز التسميه فيما زاد أو أجل أو فى جنس آخر كثر أو قل ، وتجعل فسخاً عند عدم التسمية أو تسمية الثمن الأول أو النقص فيه فتكون على الثمن الأول ، وتبطل تسمية النقصان لأن السكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول وهنا يجعل فسخا لا بيعاً فهنا أولى . وعند زفر — إذ الإقالة فسخ دائماً — تبطل التسمية وتقع الإقالة على الثمن الأول .

٢ — إذا كان المبيع داراً ولها شفيع فقضى له بالشفعة ، ثم طلب منه المشترى أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر ، كانت التسمية باطلة عند أبى حنيفة ومحمد وزفر ، لأنه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة إليه بالثمن الأول ، فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر يكون إقالة تعتبر فسخاً عندهم جميعاً فتكون على الثمن الأول وتبطل التسميه وعند أبى يوسف تصح التسمية ، لأن الإقالة عنده بيع ولا يتعذر هنا إعمالها بيعا .

٣ — لو تقايل المتبايعان البيع فى المنقول بعد القبض ثم إن البائع باعه من المشترى ثانيا قبل أن يسترده من يده ، جاز البيع عند أبى حنيفة ومحمد وزفر ، لأن الإقالة عندهم فسخ ، لا بيع جديد فلا يقال إن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز . وعند أبى يوسف ، إذ الإقالة بيع ، لم يجز البيع الثانى ، لأنه يعتبر بيعا للمنقول قبل قبضه وهو لا يجوز .

٤ — لو باع البائع بعد التقايل مع المشترى المنقول من غير المشترى ، لم يجز البيع عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الإقالة فى حق الغير عند

أبي حنيفة بيع ، وعند أبي يوسف بيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً ، فيكون البائع بعد أن اشترى المنقول بالإقالة باعه قبل قبضه وهذا لا يجوز . وعند محمد وزفر الإقالة فسخ ، فلا يكون هذا بيع المنقول قبل قبضه فيصح البيع . وإن كان المبيع عقاراً والمسألة بحالها ، جاز البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر جميعاً ، لأن بيع العقار قبل قبضه جائز عند الأولين ، ولأن الإقالة فسخ عند الآخرين .

٥ — إذا اشترى داراً ولها شفيع فسلم الشفعة ، ثم تقايل المتبايعان البيع ، أخذ الشفيع بالشفعة عند التقايل عند أبي حنيفة لأن الإقالة بيع في حق الغير والشفيع غير ، وعند أبي يوسف لأن الإقالة بيع مطلقا ولم يتعذر إعمالها بيعاً فجعلت بيعاً . ولا يأخذ الشفيع بالشفعة عند محمد وزفر ، لأن الإقالة عندهما فسخ .

٦ — لو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ، ثم باعه من أجنبي ، ثم تقايل مع الأجنبي فعاد المبيع إلى المشترى . ثم إن بائعه اشتراه بأقل مما باعه بالثمن الأول قبل النقد ، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الإقالة عند أبي حنيفة بيع في حق الغير والبائع الأول ههنا غير ، وهي عند أبي يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما . فكأن المشترى الاول اشتراه ثانياً من الاجنبي بموجب الإقالة ، ثم باعه من بائعه بأقل من الثمن الاول قبل النقد وذلك جائز . وأما على أصل محمد وزفر فلا يجوز ، لان الإقالة عندهما فسخ فكانت إعادة إلى قديم الملك ، ولا يجوز للمشترى الذى لم ينقد الثمن أن يبيع المبيع من البائع بأقل من الثمن الاول .

أنظر في كل ذلك البدائع ٥ ص ٣٠٦ — ص ٣٠٨ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

المبحث الثالث

موازنة بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى

فى الاقالة

الموازنة من حيث انعقاد الاقالة وصحتها :

ويتبين مما تقدم أن الإقالة فى الفقه الإسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، تنعقد بإيجاب وقبول جديدين ، فلا يستقل أحد المتعاقدين بالإقالة .

ويلاحظ أن أحكام الفقه الإسلامى فى صحة الإقالة تختلف عن أحكام الفقه الغربى من حيث :

١ ــ عدم صحتها فى الفقه الإسلامى إذا لم يكن المبيع بمحل الفسخ بسائر أسبابه .

٢ ــ وضرورة تقابض البدلين فى الصرف فى الفقه الإسلامى .

٣ ــ وبخاصة ضرورة قيام المبيع وقت الإقالة فى الفقه الإسلامى .

الموازنة من حيث الأثر :

ينحل العقد الاصلى بالإقالة فى الفقهين .

ولكن القاعدة فى الفقه الغربى أن الإقالة ليس لها أثر رجعى ، ولا يكون لها هذا الاثر إلا باتفاق المتقايلين ، ولا يمتد الاثر الرجعى حتى عند الاتفاق عليه إلى التسجيل وإلى العقود الزمنية وإلى العلاقة بالغير .

أما الفقه الإسلامى فيجعل الإقالة فسخا تارة وطوراً بيعاً جديداً . والفرق

بين الفسخ والبيع الجديد هو أن الفسخ رفع لحكم البيع الاصلى بأثر رجعى فيعتبر البيع كأن لم يكن . أما فى البيع الجديد فيبقى البيع الاصلى ، ثم يعود المبيع إلى البائع بعقد جديد بحكم الإقالة ، فلا تكون للإقالة إذن أثر رجعى. ولايقتصر الفرق على هذا الاثر الرجعى وجوداً أو عدماً ، بل هناك أيضا فروق أخرى . ذلك أن الإقالة إذا اعتبرت بيعاً كان لهذا نتائجه من نواح مختلفة ، كعدم جواز التصرف فى المبيع قبل القبض ، وجواز الخلاف فى الثمن وفى الإقالة الصادرة من الشفيع ، وفى أخذ الشفيع بالشفعة عند التقايل ، وفى إعادة البيع من المشترى الاول للبائع بعد أن يتقايل مع المشترى الثانى .

ومن ذلك نرى أن الإقالة فى الفقه الإسلامى إذا اعتبرت فسخاً بأثر رجعى لايقتصر ذلك على العاقدين بل قد يتعداهما إلى الغير ، وإذا اعتبرت بيعاً دون أثر رجعى لايقتصر أثر ذلك على الغير بل قد يكون أيضاً فى العلاقة فيما بين المتعاقدين .

التقنين المدنى العراقى :

وقد وفق التقنين المدنى العراقى بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الغربى فى الإقالة .

فهو قد ساير الفقه الإسلامى فى اشتراطه أن يكون المعقود عليه قائماً وموجودا فى يد العاقد وقت الإقالة . وسايره أيضاً — فى قول أبى حنيفة — فى أن الاقالة فى حق العاقدين فسخ وفى حق الغير عقد جديد .

وفيما عدا ذلك من الاحكام ساير القواعد العامة ، وهى مأخوذة فى أغلبها من الفقه الغربى .

وهذه هى نصوص التقنين المدنى العراقى فى هذه المسألة :

م ١٨١ عراق : للعاقدين أن يتقابلا العقد برضاهما بعد انعقاده .

م ١٨٢ عراق : ١ – يلزم أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً فى يد العاقد وقت الاقالة . ٢ – فى البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً فى يد المشترى ، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن . أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الإقالة .

م ١٨٣ عراق : الإقالة فى حق العاقدين فسخ ، وفى حق الغير عقد جديد .

فهرس

الفصل الثانى

آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع

صفحة

صفحة

الباب الثالث

زوال العقد

الفصل الأول

الفسخ

صفحة

الفصل الثانى

الإقالة

